الموسوعة الفقهية المقارنة

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد التاسع

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

الطبعة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب النكاح

مسألة (١) ١٠٢٧

حكم اشتراط الولي في النكاح

٢٠٥٥٥ - قال أبو حنيفة : إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة (٢) نفسها بغير إذن وليها (٣) ....

(١) تعريفه : النكاح لغة : الضم والجمع ، ومنه تناكحت الأشجار إذا تمايلت ، والعرب تستعمله بمعنى الوطء والعقد جميعًا وفي اصطلاح الفقهاء : عرفه الحنفية : بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا . والمراد بالعقد : مجموع الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين . مع القبول الصادر من الآخر . أو كلام عاقد واحد قائم مقامهما ، ويقصد بقوله : « قصدًا » إخراج وطء الأمة للتسري ، لأن شراء الأمة للتسري يفيد الحل ضمنًا . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣١٥/١ ، ٣١٦) ، ط مصطفى البابي الحلبي . وعرفه أحمد الدرديرى ، من كبار علماء المالكية بأنه : عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ، وغير أمة مجوسية ، وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا . انظر : الشرح الصغير لأحمد الدردير (١٩٤/٢) مطبعة المدني . وعرفه الشافعية : بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو نحوه . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٢١/٣) ، ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٤٥ . وعرفه الحنابلة : بأنه عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة ، انظر : الروض المربع شرح زاد المستنقع (٣/ ٦٠) ، ط مكتبة الرياض الحديثة . وبالنظر في هذه التعاريف : نجدها تنتهي إلى معنى واحد ، وهو : أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها بين الزوجين ، وهذا هو مقصده عند الناس وعند الشارع . بل إن القصد الأسمى من النكاح في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف بينهما وتكون به الراحة وسط شدائد الحياة . ولذا قال تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم الآية ٢١] . والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى : فقد قال الإمام السرخسي : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضًا ليرغب فيه المطيع والعاصي ؛ المطيع للمعاني الدينية ، والعاصي لقضاء الشهوة ، بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الحق والعدل . انظر : المبسوط (٤/ ١٩٤) ، ط دار المعرفة بيروت . وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من عقد النكاح في نظر الشارع فلابد من تعريف يكشف عن حقيقة هذا العقد ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة . بتصرف (٤٤/٣) ، ط دار الفكر العربي بالقاهرة .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) الولي بوزن فعيل بمعنى فاعل من ولي فلان الأمر أي قام به ، والولاية في اللغة : النصرة ، وفي الاصطلاح : تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى . والمقصود بالولاية في النكاح : الولاية على النفس وتنقسم إلى =

كفؤا (١) صح عقدها (٢) .

٢٠٥٥٦ – وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز لها ذلك إلا بإذن الأولياء (٣) .

= قسمين : أولًا : ذهب الجمهور إلى أن الولاية في النكاح ولاية إجبار أو ولاية الشركة فليس للمرأة عند الجمهور أن تنفرد بعقد الزواج ، بل لابد من مشاركة الولي لها في اختيار الزوج بعد اتفاق الولي معها على الزواج ، فلابد من اشتراكهما معا في الاختيار ، ويتولى هو الصيغة . ثانيا : وذهب أبو حنيفة إلى أن الولاية في النكاح ولاية استحباب ، لأنه يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها . ولكن يستحسن أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة عقد النكاح ويسميها ولاية ، أما ولاية الإجبار عنده فلا تثبت إلا على القاصرين كالصبي الغير مميز ، والمجنون ، والمعتوه ، وكذلك الأنثى منهم ، كما ثبت أيضًا على ناقص الأهلية وهو الصبي المميز . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٧ ، ط مصطفى الحلبي ، والمصباح مادة (ولي) ، ومحاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٥٣ .

(١) الكفاءة لغة : المساواة ، وفي الاصطلاح : مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية . ويستدل على اعتبار الكفاءة في النكاح بما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال له : « يا علي ثلاث لا تؤخرها ، الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفؤًا » . أخرجه الترمذي ، باب ما جاء في تعجيل الجنازة (٢٦٩/٢) حديث ١٠٨١ . وقال : حديث غريب . وما أرى إسناده متصلًا ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب اعتبار الصيغة في الكفاءة (١٣٣/٧) . وهل الكفاءة من شروط صحة عقد الزواج أم ليست بشرط ؟ اختلف العلماء في ذلك على رأيين : أولًا : يرى جمهور الفقهاء الأحناف ، والمالكية ، والشافعية ، ورواية عن الإمام أحمد أن الكفاءة ليست شرطا في صحة عقد الزواج ، بل هي شرط في لزوم العقد وهي حق للمرأة ووليها فلهما إسقاطها . واستدل القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [الحجرات : ١٣] . كما استدلوا أيضًا بما روي أنَّ رسول الله ﷺ زوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية . ثانيا : يرى الإمام أحمد في الرواية الثانية أن الكفاءة شرط في صحة عقد النكاح .

(٢) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١/٥) ، والاختيار لتعليل المختار (٢٠/٣) ، وحاشية ابن عابدين (٥٦/٣) ، والبحر الرائق (١١٠/٣) . والمراد بكلمة العقد في لغة العرب أنها تطلق ويراد بها عدة معان منها : الإمساك والتوثيق ، ومن ذلك لفظ العقدة ، فإن العرب قد أطلقته على ما يمسك الحبل ويوثقه . ومنها أيضًا : العهد ومن ذلك قولهم : « عاقدت فلانا على كذا . وعقدته عليه » بمعنى عاهدته . وتجيء كلمة العقد أيضًا بمعنى الإحكام والإبرام . ومن هذا القبيل قولهم : عقدة النكاح . أي إحكامه وإبرامه . أما في اصطلاح الفقهاء : فإنهم قد اتفقوا على أن كل ما يحدث بين طرفين وكان الالتزام فيه متوافقا على توافق إرادتين يسمى «عقدا» وذلك كعقد البيع وغيره من سائر العقود . ثم اختلفوا بعد ذلك فيما يصدر من طرف واحد . ويترتب عليه حكم شرعي هل يمكن أن يسمى هو الآخر عقدا أولا يسمى عقدًا ؟ ولقد سبق أن أوضحنا عقد النكاح في اصطلاح الفقهاء . انظر : المصباح المنير . باب العين والكاف والدال ، ونهاية المحتاج للرملي (٢/٣، ١١/٤) مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

(٣) انظر : المبسوط (١/٥) ، والاختيار لتعليل المختار (٢٠/٣) – فيه : وقال محمد لا يجوز إلا بإجازة =

٢٠٥٥٧ - وقال الشافعي : لا يجوز للمرأة أن تعقد عقد النكاح لنفسها ولا لغيرها ، أذن الولي في ذلك أو لم يأذن . (١)

٢٠٥٥٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ (٢) . فأضاف النكاح إليها ، والمراد بالتراجع : العقد ابتداء .

٢٠٥٥٩ - وقال تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ ﴾ (٣) . والهبة (٤) ها هنا النكاح بالإجماع (٥) . وقد أضافه إليها .

٢٠٥٦٠ - وقال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ (٦) . وهذا يدل على جواز تصرفها في نفسها (٧) .

٢٠٥٦١ - فإن قيل : إضافته النكاح إليها لا تدل على أنه ينعقد بفعلها ، لأن الولي إذا أنكحها قيل : نكحت (٨) .

٢٠٥٦٢ - قلنا : إذا زوجها الولي أضيف العقد إليه ، فإذا تزوجت أضيف العقد إليها ، وظاهر الآية يفيد جواز الأمرين (٩) .

= الولي ، وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول ، أما في ظاهر الرواية عنه فيجوز بغير إذن الولي كما قال أبو حنيفة ، انتهى بتصرف .

(١) انظر : الأم للشافعي (١٢/٥ ط/١٢) دار المعرفة بيروت ، والمهذب للشيرازي (٤٥/٢) ط عيسى البابي الحلبي - ونهاية المحتاج (٢٢٤/٣) ط مصطفى البابي الحلبي .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) الهبة لغة : التبرع ، وفي اصطلاح الفقهاء : تمليك العين بلا عوض . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٨ .

(٥) الإجماع في اللغة : العزم والاتفاق ، وفي الاصطلاح : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على أمر ديني . انظر : جمع الجوامع لتاج الدين السبكي (١٧٦/٢) مصطفى الحلبي .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٧) أي : أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف ، فلا جناح على الأولياء في ذلك . انظر : الاختيار (٢١/٣) .

(٨) أي : أن إضافة النكاح إليها في قوله : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ لا تدل على أن النكاح ينعقد بفعلها ، بدليل أن الولي إذا أنكحها قبل أن تنكح هي نفسها نكحت . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٧/٣) .

(٩) أي : أن ظاهر قوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ يفيد إضافة العقد إليها سواء زوجها الولي أو زوجت هي نفسها . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

٢٠٥٦٣ - فإن قيل : إنما أضاف النكاح إليها ليس لأنها عاقدة ، بل لأنها محل العقد كما يقال : طلع الزرع ، وجرى الماء ، ومات الرجل ، وانقطع الحبل ، ولكن لا مجال للعقد .

٢٠٥٦٤ - قلنا : هذه إضافة إلى من لم يوجد منه الفعل فيما أضيف إليه ، فكانت إضافة محل ، والمرأة يوجد منها هذا الفعل مشاهدة فإن أضيف إليها اقتضت الإضافة وجود فعلها ، كسائر الأفعال المضافة إلى من يوجد الفعل منه .[١]

٢٠٥٦٥ - فإن قيل : نحن نعلم أن النساء على عهد النبي ﷺ كن لا ينكحن أنفسهن ، وعلى عهد الصحابة مثله ، حتى قال أبو هريرة[٢] : كنا نقول/ إن الزانية هي التي تزوج نفسها[٣] . ٢٣١/ب

٢٠٥٦٦ - فدل على أن المراد بالآية ما كانوا يفعلون من عقد الأولياء ، وهذا المندوب إليه بالإجماع[٤] .

٢٠٥٦٧ - قلنا : وقد كان النساء يعقدن على أنفسهن ، وقد عقدت الواهبة لنفسها على نفسها من غير حضور ولي .

٢٠٥٦٨ - وقد قال علي[٥] ، ....

(١) أي : أن إضافة النكاح إليها تفيد وجود فعلها ، قياسا على سائر الأفعال المضافة إلى من يوجد منه الفعل - راجع الاختيار (٢١/٣) .

(٢) هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أسلم سنة ٧هـ ، وروى الكثير عن رسول الله ﷺ وروى عنه الكثير من الصحابة والتابعين ، واستعمله عمر على البحرين ، ومات سنة ٩٥ هـ . انظر : البداية والنهاية (١١١/٨) ، وطبقات الحفاظ ٩ .

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٢٨/٣) - والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١١٠/٧) - وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٦/٢) رقم ١٨٨١ والدارقطني (٢٢٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٠/٧) . وقال صاحب الزوائد : الحديث حسن .

(٤) أي : أن ما رواه أبو هريرة دل على أن المراد بقوله تعالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ تولي الولي عقد النكاح لموليته ، وتوليته عقد النكاح أمر ندب إليه بالإجماع . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٧/٣) .

(٥) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب ، يكنى أبا الحسن ، ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة ، روى عنه ، بنوه الحسن والحسين وعمر ، ومحمد بن الحنفية ، بويع بالخلافة له يوم مقتل عثمان ، وقتل ليلة الجمعة لثلاث عشرة بقيت من رمضان . انظر : طبقات الحفاظ ص ٤ ، أسد الغابة (٩١/٤) ، الإصابة (٥٠١/٢) .

وعائشة [١] ، وابن عمر [٢] : عقد المرأة جائز [٣] .

٢٠٥٦٩ - وكيف يصح ما حكوه عن أبي هريرة ؟ ويدل عليه [٤] قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [٥] ، فدل على أن عقد النكاح إليها دون غيرها [٦] .

٢٠٥٧٠ - فإن قيل : نهي الولي عن العضل [٧] يدل على العقد إليه ، ولولا ذلك لم ينهه عن الامتناع ، لأنه إذا لم يمنع عقدت على نفسها عندكم ، فلا يقدر على عضلها [٨] .

٢٠٥٧١ - قلنا : الآية خطاب لجميع المسلمين لا يختص بالأولياء ؛ لأن الظاهر أن الخطاب والعضل من تناوله أول الكلام ، فإما أن يحمل على الأزواج ، أو على المسلمين .

٢٠٥٧٢ - فأما تخصيصه بالولي فلا دليل في اللغة عليه .

٢٠٥٧٣ - فإن كان الخطاب للأزواج فهو منهي عن عضلها بأن يتركها حتى تقارب انقضاء عدتها ثم يراجعها وهو لا يريد إمساكها ، وإن كان الخطاب لجميع المسلمين ، فهو ممنوع من الاعتراض عليها ومنعها من التزويج ، ومن قال لها : لا تنكحي حتى يزوجك الولي . فقد عضلها ، ولأنه يقتضي النهي عما يقول مخالفنا [٩] .

---

(١) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ تزوجها رسول الله ﷺ بمكة وهي بنت ست سنوات ، وبنى بها بالمدينة وهي بنت تسع سنوات وماتت سنة ٥٧ هـ ، وقيل ٥٨ هـ . انظر : الإصابة (٣٤٨/٤) ، طبقات الحفاظ ص ٨ ، العبر (٦٢/١) .

(٢) هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي أبو عبد الرحمن المكي ، أسلم قديما مع أبيه ، بل رُوِيَ أنه أول مولود ولد في الإسلام ، روى عنه بنوه وغيرهم ومات سنة ٧٣هـ وقيل سنة ٧٤هـ . انظر : البداية والنهاية ٥/٩ ، وطبقات الحفاظ ٩ .

(٣) انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٤) أي : يدل على عدم صحة ما حكوه عن أبي هريرة من أن الزانية هي التي تزوج نفسها .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٦) أي أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف ، فلا جناح على الأولياء في ذلك . انظر : الاختيار (٢١/٣) .

(٧) العضل : من معانيه الحبس ، وقيل : التضييق والمنع ، ويقال : أعضل الأمر : إذا اشتد وعضل فلان أيمه : أي منعها الأزواج . انظر : المصباح المنير مادة (عضل) ، وفتح القدير ، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير (٢٤٣/١) .

(٨) أي : أن نهى الولي عن العضل ، يدل على أن عقد النكاح إليه لا إلى موليته لأنه لولا ذلك لم ينهه عن الامتناع . انظر : الإشراف لابن المنذر (٣٤/٤) .

(٩) أي : أن الخطاب في قوله ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ﴾ وفي قوله ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ إما أن يكون للأزواج ، ويكون =

٢٠٥٧٤ – فإن قيل : كيف يعضلها ، وهو لا يملك العقد عليها ولها [١] سبيل إلى العقد بغيره ؟

٢٠٥٧٥ – قلنا : إذا كان يشير عليها ألا تعقد ، ويظهر كراهة عقدها وهي تستحي منه .

٢٠٥٧٦ – قيل : منعها ، كما أن من أشار على غيره بترك شيء وأمره بالإعراض عنه .

٢٠٥٧٧ – يقال : قد منعه منه ، وكما لو كان لها وليان فامتنع أحدهما من [٢] نكاحها .

٢٠٥٧٨ – قيل : قد عضلها وإن كانت قد تتوصل إلى النكاح من جهة ولي آخر ، فكذلك إذا كان لها واحد قد عضلها إذا امتنع ، وإن وصلت إلى العقد بفعلها [٣] .

٢٠٥٧٩ – فإن قيل : العضل الامتناع فإذا نهي عن الامتناع أمر بالإقدام على العقد .

٢٠٥٨٠ – قلنا : قال الأصمعي [٤] : العضل هو المنع ، فدل على أن معنى عضلها أنه منعها من الأزواج وليس معناه أنه امتنع ، وكذلك نقول [٥] .

٢٠٥٨١ – فإن قيل : الآية خرجت على سبب ؛ روي أن معقل بن يسار المزني [٦] قال : نزلت فِيَّ ، زوجتُ أختي [٧] ....

= معنى العضل منهم أن يمنعوهن من أن يتزوجن من أردن من الأزواج بعد انقضاء عدتهن ، وإما أن يكون الخطاب للأولياء ، ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له ، وبلوغ الأجل المذكور هنا المراد به المعنى الحقيقي ، أي نهايته . انظر : شرح فتح القدير للشوكاني (٢٤٣/١) .

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن الولي إذا امتنع عن نكاح موليته فإن العضل قد تحقق ، ولو توصلت إلى العقد بفعلها . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٠/٢) .

(٤) هو : أبو سعيد عبد الملك بن قريب الأصمعي البصري ، ولد سنة ١٢٢هـ ، إمام اللغة ، وأحد الأعلام فيها وفي الشعر والأدب ، مات سنة ٢١٦هـ انظر : إنباه الرواة (١٩٧/٢) ، تاريخ بغداد (٤١٠/١) .

(٥) انظر : المبسوط (١١/٥) . لقد فسر علماء اللغة وغيرهم من المفسرين العضل بأنه المنع ، أما الامتناع فهو ناتج عن المنع ، لأنه إذا منعها من الأزواج كان هناك امتناع منه عن العقد .

(٦) هو : معقل بن يسار المزني ، صحابي جليل ، شهد بيعة الرضوان ، يكنى أبا عبد الله ، ولقبه المزني ، أخرج له الأئمة الستة . انظر : الإصابة (٤٤٧/٣) ، سير أعلام النبلاء (٥٧٦/٢) .

(٧) هي : جميل بنت يسار ، ذكره الطبري ، وقيل : اسمها ليلى حكاه السهيلي في مبهمات القرآن ، وتبعه المنذري ، وقيل : اسمها فاطمة ، ذكره ابن إسحاق ويحمل على التعدد بأن يكون لها اسمان ولقب ، أو لقبان واسم ، حكى ذلك ابن حجر في فتح الباري (٩٢/٩) . وجميل بنت يسار أخت معقل بن يسار ، كانت زوجة لأبي البداح بن عاصم فطلقها فأنزل الله تعالى ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ [سورة البقرة الآية ٢٣٢] . انظر : أسد الغابة (٥٠/٧) ترجمة ٦٨٠٥ ط دار الشعب .

من ابن عمها [(١)] وطلقها فانقضت عدتها [(٢)] ثم جاء يخطبها ، فرغبت عنه ، فقلت : زوجتك أختي دون غيرك فطلقتها فوالله لا أنكحتكها أبدًا . فأنزل الله [(٣)] تعالى [(٤)] هذه الآية ، فأنكحتها وكفرت [(٥)] عن يميني [(٦)] .

---

(١) هو : أبو البداح بن عاصم الأنصاري ، هكذا في أحكام القرآن لإسماعيل القاضي وغيره ، حكى ذلك ابن حجر في فتح الباري (٢٩٣/٩) . ثم قال : وجزم الشيخ عز الدين بن عبد السلام في كتابه « المجاز » بأن زوجها هو عبد الله بن رواحة ، مات أبو البداح سنة ١١٠هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤/ ٢٥) . وفي ذلك نظر ، لأن أبا البداح أنصاري ، ومعقل بن يسار مزني ، ولكن الحافظ ابن حجر دفع هذا النظر ، فقال : يحتمل أن يكون ابن عمه لأمه أو ابن عمه من الرضاع . انظر : فتح الباري (٩٢/٩) .

(٢) العدة في اللغة : الإحصاء ، والعدد مقدار ما يعد ، والجمع أعداد ، وكذلك العدة ، وجمعها العدد . وفي اصطلاح الفقهاء : هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبد ، أو للتفجع على زوجها . وحكمة مشروعيتها : هي منع اختلاط الأنساب بعضها ببعض ، كما توجد هناك حكمة اجتماعية ، وهي إعطاء الزوج فرصة لمراجعتها أثناء العدة إن كان الطلاق رجعيا ، وإعطاؤهما فرصة لاستئناف الحياة الزوجية من جديد بعقد جديد إن كان الطلاق بائنًا ، كما شرعت عدة الوفاة لإظهار الحزن والأسف لوفاة الزوج . وسبب وجوبها : وقوع الفرقة بين الزوجين بالطلاق ، أو الفسخ ، أو الوفاة . وأنواعها ثلاثة : ١ - عدة الأقراء . ٢- عدة الأشهر . ٣ - عدة وضع الحمل . انظر : الاختيار (١٤٣/٣ ، ١٤٤) ، نهاية المحتاج (١٢٧/٧) .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) الكفارة مأخوذة من التكفير وهو التستير ، وكذلك الكفر هو الستر والكفارة هي الساتر ، لأنها تستر الذنب وتغطيه . وكفارة اليمين : إما أن تكون إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة على أي صفة كانت ، فمن لم يجد فليصم ثلاثة أيام متتابعات أو متفرقات على خلاف في ذلك . انظر : المصباح المنير مادة (كفر) ، شرح فتح القدير للشوكاني (٧١/٢ ، ٧٢) .

(٦) الحديث أخرجه البخاري كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٢٤٩/٣) متن البخاري بحاشية السندي . واليمين لغة : القوة ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته ، أو التعليق ، كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق .

وينقسم اليمين إلى ثلاثة أقسام : أولًا : اليمين الغموس : وهي الحلف على فعل أو ترك ماض كاذبًا ، وهذه ليست بمعقودة عند الجمهور ولا كفارة فيها بل هي من أكبر الكبائر ، وعند الشافعية : يمين منعقدة ، والراجح الأول . ثانيًا : اليمين اللغو : وهي الحلف على شيء ظانا أنه كذا فبان بخلافه ، وقال الشافعي رحمه الله : هي ما لا يعقد الرجل قلبه عليه ، كقوله لا والله وبلى والله . وهذه ليست بمنعقدة ولا تجب الكفارة فيها . ثالثًا : اليمين المنعقدة : وهي الحلف على أمر في المستقبل ليفعله أو ليتركه وهذه توجب الكفارة .

ولا يجوز التكفير قبل الحنث في اليمين عند الأحناف ، لقوله ﷺ « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرًا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » . وعند الجمهور التكفير قبل الحنث أو بعده سواء في الفضيلة ، وذلك لأن الأحاديث الواردة في التكفير فيها التقديم مرة والتأخير أخرى ، وهذا دليل التسوية . انظر : الاختيار (٢١٤/٣ - ٢١٩) ، تفسير فتح القدير للشوكاني (٧١/٢) .

٢٠٥٨٢ – قلنا : هذا لا يقدح فيما قلنا ؛ لأنا قد بينا أن الخطاب انصرف إلى جميع الناس والولي دخل في العموم ، فإذا أظهر كراهة العقد بالمرأة استحي منه في الغالب ، وتكره الخلاف عليه ، فتمتنع من العقد ، فمنع من ذلك ؛ لأن في توقفه عن العقد وإظهار الكراهة حملها على مشاقته ، واحتمال الضرر بطاعته ، وهذا لا يمنع أن يكون العقد إليها [1] .

٢٠٥٨٣ – ثم الله تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ ﴾ . [2] فأضاف العقد إليها ، فقال مخالفنا : هذه إضافة [3] محل ، وصرف كلام الله عن ظاهره فما [4] الذي يمنعنا أن نحمل كلام الله على حقيقته [5] في صحة إضافة العقد إليها ، ونحمل قوله : والله لا أنكحتكها أبدًا . على المجاز [6] وهو أني أنهاها عن النكاح وأشير عليها بتركه وأصرفها عنه .

٢٠٥٨٤ – ويدل عليه ما رواه مالك عن عبد الله بن الفضل الهاشمي [7] ، عن نافع ابن جبير بن مطعم [8] ، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من

---

(١) أي أن الولي إذا أظهر كراهة عقد النكاح لموليته على من ترغب النكاح منه استحيت منه غالبا وكرهت الخلاف معه ، فامتنعت عن العقد ، فمنعه الشارع من توقفه عن العقد دفعا للضرر عنها ، ودرءًا لإظهار الكراهة له ومخالفتها لأمره وامتناعه هذا لا يمنع أن يكون العقد إليها .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٣) الإضافة في اللغة : الإسناد ، واصطلاحًا : إسناد اسم إلى غيره ، على جهة تنزيل الثاني منزلة تنوينه ، أو ما يقوم مقام تنوينه . فإضافة النكاح إليها في الآية إضافة محلية بمعنى أن الإضافة لا تفيد معنى جديد في الآية . انظر : شذور الذهب لابن هشام ص ٣٢٦ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) الحقيقة : فعيلة بمعنى فاعلة من حق الشيء إذا ثبت ، والتاء فيه للنقل من الوصفية إلى الاسمية كما في العلامة لا للتأنيث . واصطلاحًا هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب .

(٦) المجاز اللغوي : هو الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له بالتحقيق في اصطلاح التخاطب مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

(٧) هو : عبد الله بن الفضل بن العباس بن ربيعة الهاشمي المدني ، روى عن أنس والأعرج ونافع بن جبير ، وروى عنه مالك ، وموسى بن عقبة ، وغيرهما ، قال أحمد : لا بأس به ، وثقه ابن معين والنسائي وأبو حاتم وغيرهم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين (٢٥٧/١) ، والكاشف (١٠٥/٢) .

(٨) هو نافع بن جبير بن مطعم القرشي المدني ، روى عن أبيه ، وعلي ، وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه الزهري ، وعبد الله بن الفضل ، وعروة وغيرهم ، كان يحج ماشيا وناقته تقاد ، ومات سنة ٩٩هـ . انظر ترجمته في : البداية والنهاية (٢٠٨/٩) ، إسعاف المبطأ برجال الموطأ ص ٢٨ ط مصطفى الحلبي .

وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » [١] ، وهذا حديث في الصحيح رواه الزهري [٢] عن مالك ولم يجز عقدها إلا أنه لم يكن أحق بنفسها منها [٣] .

٢٠٥٨٥ – فإن قيل : لفظة « أحق » تقتضي ثبوت الحق للاثنين ، وهذا يدل على أن للولي حقًّا وللمرأة حقًّا ، فحق المرأة أن تختار النكاح والأزواج وتأذن في العقد ، وحق الولي أن يعقد [٤] .

٢٠٥٨٦ – قلنا : لفظة « أحق » تقتضي ثبوت الحق لمن أضيف إليه وقطعه عن غيره ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ . [٥] ولا حق في الرجعة [٦] لغير الأزواج ، وقال ﷺ : « من وجد عين ماله فهو أحق بها » [٧] .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ : كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والثيب في أنفسهما (٣/٢) ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب (٥٩٤/١) ، وأبو داود كتاب النكاح باب في الثيب حديث رقم ٢٠٩٨ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب حديث رقم ١١٠٨ ، والنسائي كتاب النكاح ، باب استئذان البكر في نفسها (٨٤/٦) . والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، والمراد بها هنا الثيب التي فارقت زوجها بموت ، أو طلاق لمقابلتها بالبكر ، والبكر هي العذراء التي لم تجامع والجمع أبكار والمصدر البكارة . انظر : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٥٧٧/٢) ، والقاموس المحيط مادة (بكر) . وقال القاضي عياض : موفقا بين المذاهب « الإمام مالك الذي يشترط الولي في النكاح وبين روايته لهذا الحديث ، يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره ، ويحتمل أنها أحق بالرضا ألا تزوج حين تنطق بالإذن بخلاف البكر ، ولكن لما صح قوله ﷺ « لا نكاح إلا بولي » مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني » ا هـ انظر : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك (٣/٢) ط المكتبة التجارية الكبرى القاهرة .

(٢) هو : أبو بكر محمد بن عبيد اللَّه بن عبد اللَّه بن شهاب الزهري ، روى عن ابن عمر وجابر وأنس وغيرهم ، وروى عنه مالك وأبو حنيفة والليث وغيرهم ، ومات سنة ١٢٤ هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٤٢ ، والبداية والنهاية (٣٨٣/٩) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٨/٣) .

(٤) أي : أن لفظة أحق في قوله : « الأيم أحق » تقتضي ثبوت الولاية للولي ولموليته معا ، فحق الولي هو أن يتولى عقد النكاح بنفسه أو من يوكله بذلك ، وحقها أن تختار الأزواج وتأذن في العقد . يقول الإمام النووي : أحق ، أي شريكة في الحق بمعنى أنها لا تجبر ، وهي أيضًا أحق في تعيين الزوج » ا هـ . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٦) الرجعة : مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة ، يقال رجعت في الأمر إلى أوائله إذا رددته إلى ابتدائه . وفي الاصطلاح : هي رد الزوجة وإعادتها إلى الحال التي كانت عليها . انظر : الاختيار (١٠٦/٣) .

(٧) أخرجه أبو داود : كتاب الإجارة ، باب الرجل يجد ماله عند رجل ، حديث رقم ٣٥١٤ ، والنسائي : كتاب البيع ، باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق (٢٧٦/٧) ، كلاهما من طريق سمرة بن جندب .

٢٠٥٨٧ – على أن لو سلمنا أن لفظة « أحق » تقتضي الاشتراك لم يجز حملها على ذلك في مسألتنا بالإجماع لأنهم يثبتون لها حقًّا لا يشاركها الولي فيه وهو الاختيار ، والمطالبة بالعقد ، والإذن ، ويثبتون للولي حقًّا لا تشاركه فيه وهو العقد ، فإذا بطل معنى الاشتراك لم يبقَ إلا ما قلنا [١] .

٢٠٥٨٨ – فإن قيل : أثبت له الولاية في حال وصفها بأنها أحق وكون لها ولي يقتضي أن يقف العقد عليه [٢] .

٢٠٥٨٩ – قلنا : قوله : « الأيم أحق » يقتضي جواز عقدها ، فثبوت ولايته عليها معناه الاعتراض عليها في ترك الكفاءة ونقصان المهر [٣] ، ويدل عليه : حديث ابن عباس [٤] لأن النبي ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » [٥] .

٢٠٥٩٠ – وروي أنه ﷺ خطب أم سلمة [٦] ، فقالت : ليس أحد من أوليائي

---

(١) أي : أن الأحناف يستدلون بالآية والحديث على إبطال معنى الاشتراك في كلمة (أحق) ، وإذا سلموا معنى الاشتراك فيها فكلا الحقين يختلف تمامًا عن الآخر ، فلم تحمل عندهم إلا على أن للمرأة الحرة البالغة العاقلة الحق في إنشاء عقد النكاح لنفسها بنفسها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(٢) أي أن قوله « الأيم أحق بنفسها من وليها » قد أثبت للولي الولاية في حال وصفه للأيم بأنها أحق ، فيقتضي ذلك وقوف العقد عليه . انظر : الأم للشافعي (١٧/٥) .

(٣) أي أن قوله « الأيم أحق » لا يدل على ثبوت الولاية ، بل يدل على ثبوت اعتراضه في ترك الكفاءة أو نقصان المهر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٨/٣) . والمهر : هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل ملكه الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج ، وهو مع كونه واجبا في النكاح إلا أنه ليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروطه ، وإنما هو أثر من آثار النكاح المترتبة عليه ، ومن هنا يجب المهر بالعقد وإن لم ينص عليه في العقد . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٢٨- ٢٣٠ .

(٤) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ، أبو العباس ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، ابن عم رسول الله ﷺ وترجمان القرآن الكريم ، كما يقال الحبر والبحر ، أحد العبادلة الأربعة ، دعا له الرسول ﷺ ، ومات بالطائف سنة ٦٨هـ . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٣) ، الإصابة (٣٣٠/٢) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٨ .

(٥) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الثيب (٥٧٨/٢) حديث رقم ٢١٠٠ ، والنسائي : كتاب النكاح باب استئذان البكر في نفسها (٨٤/٦) ، والدارقطني في سننه كتاب النكاح (٢٣٩/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ما جاء في إنكاح الثيب (١١٨/٧) . ومداره عندهم على صالح بن كيسان ، وقال صالح : إنما سمعته من عبد الله بن الفضل .

(٦) هي هند بنت أمية – واسمه حذيفة ، ويقال سهل بن المغيرة – القرشية المخزومية « أم المؤمنين » تزوجها رسول الله ﷺ في شوال بعد غزوة بدر ، وكانت قبله تحت أبي سلمة بن عبد الأسد ، وماتت سنة ٥٩ هـ . انظر : الإصابة (٤٠٥/٤ – ٤٠٧) .

حاضرا . فقال ﷺ : « ليس لك ولي إلا ويرضاني » فأمر ابنها فزوجها [١] .

٢٠٥٩١ - ولا يقال : إنه ﷺ كان وليها ؛ لأنه لو كان كذلك لكان يقول « أنا وليك » .

٢٠٥٩٢ - ولا يقال : كان ابنها بالغًا فكان وليها ؛ لأننا دللنا في مسألة وكالة الصبي أنه كان صغيرًا [٢] .

٢٠٥٩٣ - ولا يقال : إنه ﷺ كان مخصوصًا في جواز النكاح بغير ولي ، لأن حكمه وحكم غيره [في الشرع] [٣] سواء إلا ما خصه ، لأنه لو كان كذلك لقال لها : « نكاحي لا يحتاج إلى ولي » [٤] .

٢٠٥٩٤ - ويدل عليه : أن النبي ﷺ خطب ميمونة [٥] فرد أمرها إلى العباس [٦] فزوجها ولم يكن وليها [٧] .

٢٠٥٩٥ - ويدل عليه : حديث عائشة أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن أبي ونعم الأب هو زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فهل لي في نفسي من أمر ؟ قالت عائشة : فجعل النبي ﷺ الأمر إليها ، قالت : أجزت ما فعل بي أبي ، ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمورهن شيء [٨] ، ولم ينكر ﷺ ذلك

---

(١) أخرجه النسائي كتاب النكاح باب إنكاح الابن أمه (٨١/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة (١٣١/٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١١/٣) . انظر : الإصابة (٦٦/٢ ، ٤٥٨/٤) .

(٢) ومع ذلك صح توليته عقد النكاح على أمه ، لأنه تصح الوكالة منه ، يقول صاحب البدائع : وتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين . ثم استدل على ذلك بإنكاح ابن أم سلمة لها على رسول الله ﷺ . انظر : بدائع الصنائع (٣٤٤٧/٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١١/٣) .

(٥) هي ميمونة بنت الحارث الهلالية ، كانت تسمى (برة) وعندما تزوجها رسول الله ﷺ اسماها ميمونة ، وتزوجها الرسول في ذي القعدة سنة سبع من الهجرة ، وماتت سنة ٤٩هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٩٧/٤) ، والبداية والنهاية (٢٣٣/٤) .

(٦) هو : الفضل بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم ، عم رسول الله ﷺ أسلم عام الفتح ، ومات سنة ٣٢هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٧١/٢) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٦٣/٣) ، والحاكم في المستدرك (٣١/٤) ، باب ذكر أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث ، والهيثمي في مجمع الزوائد (٢٨٧/٢) .

(٨) أخرجه النسائي : كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٨٧/٦) وابن ماجه : كتاب =

عليها ، [١] فلو كان العقد إليه حتى [٢] لا يجوز أن يعقد غيره لم يجز أن يقرها على هذا القول .

٢٠٥٩٦ – ولأنها تملك التصرف في مالها بعوض وبغير عوض فملكت عقد النكاح كالرجل [٣] .

٢٠٥٩٧ – أو نقول : تملك التصرف في مالها بنفسها كالرجل .

٢٠٥٩٨ – ولا يلزم المكاتب لأنه لا مال له [٤] .

٢٠٥٩٩ – [ولا يلزم] [٥] الصبي المأذون ، لأنه لا يملك التصرف بنفسه ، وإنما يملك بإذن الولي .

٢٠٦٠٠ – ولا يقال : إن الولاية تخالف الولاية في النكاح ، لأنه قد يتصرف في أحدهما من لا يتصرف في الآخر ، لأن التصرف يختلف في حق الغير فأما في حق [٦] الإنسان فلا يختلف ، فمن يملك التصرف في مال نفسه يملك في نكاح نفسه ، ومن لا يملك في حق [٧] نفسه أحد الأمرين لا يملك الآخر .

٢٠٦٠١ – ولأن المرأة يقف العقد على إذنها فجاز أن تتولى عقدها كالرجل ، لأن كل عقد وقف جوازه على إذن المرأة ملكت أن تعقد كالبيع .

=النكاح ، باب من يزوج ابنته وهي كارهة (٢٠٦/١) حديث رقم ١٨٧٤ ، والدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٣٢/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب إنكاح الأبكار (١١٨/٧) .

(١) يقول الحافظ ابن حجر ﷺ : قال البيهقي : إن ثبت الحديث في البكر حمل على أنها زوجت بغير كفء والله أعلم اهـ . ثم قال ابن حجر : قلت : وهذا هو الجواب المعتمد ، فإنها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما . ا هـ . انظر : فتح الباري (١٩٦/٩) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٣) أي : أن المرأة ينفذ تصرفها في إنشاء عقد النكاح لنفسها بنفسها ، قياسا على صحة تصرفها في مالها بعوض وبغير عوض ، فصح عقدها كالرجل ، ولا يلزم على صحة تصرفها صحة عقد المكاتب والصبي المأذون ، لأنهما لا يملكان التصرف بغير عوض . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٧/٣) . والكتابة : إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلا ، وسميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه ، وقيل : سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لأن المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض . انظر : المغني لابن قدامة (٤٤١/١٤) ط دار هجر للطباعة .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٦) في (ن) ، (ع) قوله : [ولا وجه له] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٠٦٠٢ – ولأن إقرارها [١] بالعقد ينفذ ، ومن نفذ إقراره بالعقد جاز أن يعقد ذلك العقد كالرجل [٢] .

ولأن كل عقد نفذ إقرار المرأة فيه جاز أن تعقده كالبيع [٣] .

٢٠٦٠٣ – فإن قيل : المعنى في الرجل أنه لما ملك العقد لم يثبت لغيره الاعتراض وإن ترك الكفاءة ، ولما ثبت على المرأة الاعتراض إذا وضعت نفسها في غير كفء دل على أنها لا تملك العقد [٤] .

٢٠٦٠٤ – قلنا : لو زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم ينعقد العقد عندهم [٥] ، ولم يدل [٦] على أنه إذا زوجها من كفء لم ينعقد .

٢٠٦٠٥ – ولأن عقدها ينفذ إذا كان حقًّا لها إذا اختارت كفؤًا وجب على الولي أن يزوجها ، فإن طالبته ولم يعقد كان عاصيًا ، وإذا كان من حقوقها جاز أن تستوفيه بنفسها ولا فرق بين أن تباشر استيفاءه [٧] ويستوفيه لها وليها [٨] فأما إذا عقدت بغير كفء فالعقد ليس بحق لها ، بدلالة أن الولي لا يجب عليه ، وإذا فعلت ما ليس بحق لها لم ينفذ عقدها ، وأما الرجل فإنه يتزوج من تكافئه ومن لا تكافئه ، وكذلك لم يثبت عليه الاعتراض [كما لا يثبت] [٩] عليها إذا عقدت

---

(١) الإقرار في اللغة : الثبوت والاعتراف وعدم الإنكار ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو إخبار من يصح إخباره بحق لغيره عليه . وأركانه ثلاثة : ١– المقر : وهو المخبر ٢– والمقر له : وهو صاحب الحق . ٣–والمقر به : وهو الحق . انظر : المصباح مادة (قرر) ، والاختيار (١٧٧/٢) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) البيع في اللغة : مطلق المبادلة ، وفي اصطلاح الفقهاء : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص انظر : التعريفات للجرجاني ص ٤٠ . وقياس الأحناف في عقد النكاح على عقد البيع ، عمل سائغ في الأصول ، وهو جواز تخصيص العموم بالقياس ، لكن حديث معقل بن يسار الوارد في سبب نزول قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] رفع هذا القياس ، ودل على اشتراط الولي في النكاح دون غيره ليندفع عن موليته العار باختيار الكفء . انظر : فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) أي أن الرجل لا يعترض عليه في النكاح وإن ترك الكفاءة ، أما المرأة فيثبت الاعتراض عليها إن تركت الكفاءة ، فدل ثبوت الاعتراض عليها على أنها لا تملك العقد . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٨/٣) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٢٥٤/٦) .

(٦) ناقصة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) استنفاذه ، والأصح استيفاؤه ، لأن الكلام في استيفاء العقد .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) ساقطة من (ن) .

عقدا من سائر حقوقها [١] .

ولأن الولي إنما يعترض عليها للضرر يلحقه بتصرفها ليرفع بذلك الضرر عن نفسه .

٢٠٦٠٦ - وهذا لا يدل على ثبوت ولايته ، ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري ويأخذ المبيع بالعقد الأول ليدفع الضرر عن نفسه ، ولم يدل ذلك على ثبوت ولايته في العقد ؟ [٢] ولهذا نقول : إن أحد الشريكين في العبد [٣] لو كاتب [٤] نصيبه ثبت لشريكه الفسخ ، لأنه يضر به [٥] بهذا التصرف ، ولو باع نصيبه من العبد لم يملك الشريك الاعتراض عليه بهذا التصرف .

٢٠٦٠٧ - فإن قيل : الضرر في الشفعة [٦] / يزول بأخذ الدار ، ولا يفتقر إلى ٢٣٢/أ بطلان العقد من أصله ، والضرر في النكاح لا يزول إلا ببطلان أصل العقد .

٢٠٦٠٨ - قلنا : الضرر على الأولياء ، ينفيه العقد عليها بغير كفء ، فإذا ثبت لهم الفسخ زال الشّين [٧] .

٢٠٦٠٩ - فأما الشين الذي عليهم في انعقاد العقد فهو موجود في [٨] اختيارها لغير

---

(١) أي : أن الرجل لا يعترض عليه إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فإنها يعترض عليها إذا زوجت نفسها من غير كفء ، أما إذا زوجت نفسها من كفء فلا يثبت الاعتراض عليها ، كما لو عقد عقدًا من سائر حقوقها . انظر : المبسوط (١٣/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٨٤/٣) .

(٢) أي : أن الولي يعترض عليها إذا زوجت نفسها من غير كفء ليدفع بذلك الضرر عن نفسه ، فاعتراضه هذا لا يدل على ثبوت ولايته قياسا على الشفيع الذي يأخذ الشفعة بالعقد الأول ليدفع بذلك الضرر عن نفسه ، فإنه يبطل عقد المشتري الأول ، ولم يدل هذا العمل من الشفيع على ثبوت ولايته في العقد . انظر : المبسوط (١٣/٥) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [العقد ولا وجه له] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كانت ولا وجه له] .

(٥) ساقطة في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) الشفعة : مأخوذة من قولهم : شفعت كذا بكذا إذا ضممته إليه ، وسميت بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه ، وهي لغة الضم ، وشرعا : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض . والأصل فيها قبل الإجماع : ما أخرجه البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد الله ﷺ قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وأركانها أربعة : آخذ وهو الشفيع ، ومأخوذ وهو المشفوع ، ومأخوذ منه ، وصيغة . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١١٢ ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (١٣٣/٣) .

(٧) الشين : شانه يشينه ، ضد زانه ، والشين : العيب . انظر : القاموس المحيط مادة (شين) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إلى] .

كفء وهذا المعنى لا يمكن دفعه ، كذلك الضرر الذي عليهم في انعقاد العقد [1] .

٢٠٦١٠ - فإن قيل : المعنى في البيع أنه لا يفتقر إلى الشهادة [2] فلا يفتقر إلى الولي ، والنكاح يفتقر إلى الشهادة فافتقر إلى الولي [3] .

٢٠٦١١ - قلنا : علة الأصل تبطل ببيع مال الصبي والمجنون ، فإنه يفتقر إلى الولي ولا يفتقر إلى الشهادة ، وعلة الفرع تبطل بالرجعة تفتقر إلى الشهادة عند مخالفنا ولا تفتقر إلى [4] الولي [5] .

٢٠٦١٢ - ولأن للأب عليها في حال صغرها ولايتين : إحداهما في البضع [6] والأخرى في المال ، وإذا انتقل إليها بالبلوغ [7] إحدى الولايتين فكذلك الأخرى .

٢٠٦١٣ - فإن قيل : الولاية في المال لم يبق لها أثر بعد البلوغ ، وليس كذلك

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) الشهادة لغة : شهدت الشيء بمعنى اطلعت عليه وعاينته ، فأنا شاهد والجمع أشهاد وشهود ، وفي اصطلاح الفقهاء : هي خبر قاطع بما شاهد الإنسان وعاين بنفسه ، أو بما علم واستفاض من طريق غيره . وأركانها عند جمهور الفقهاء خمسة : شاهد ، ومشهود له ، ومشهود به ، ومشهود عليه ، وصيغة . انظر : المصباح مادة « شهد » ، المهذب (٣٢٣/٢) ، الاختيار (١٩٣/٢) .

(٣) أي : أن قياس صحة عقد نكاح المرأة لنفسها على صحة توليتها عقد البيع قياس مع الفارق ، لأن عقد البيع لا يفتقر إلى الشهادة فلا يفتقر إلى الولي أما عقد النكاح فبما أنه قد افتقر إلى الشهادة فإنه يفتقر إلى الولي .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي أن الرجعة عند الشافعية تحتاج إلى الإشهاد ولا تحتاج إلى الولي ، يقول القفال الشاشي : وفي وجوب الإشهاد على الرجعة قولان : أحدهما : يجب ، والثاني : أنه يستحب ، وهو الأصح اهـ . انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (١٢٧/٧) . ونقول : افتقرت الرجعة إلى الشهادة عند الشافعية ولم تفتقر إلى الولي ، لأن القصد منها هو استيفاء الزواج الأول السابق على الطلاق الرجعي ، وليست إنشاء لعقد جديد ، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله بالطلاق الرجعي .

(٦) البُضع بالضم : الجماع ، أو الفرج نفسه ، والمهر ، والطلاق ، أو عقد النكاح وبالكسر كذلك . انظر القاموس المحيط مادة (بضع) ، انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٧) البلوغ المراد به بلوغ النكاح ، إما بالعلامات الدالة عليه ، وإما بالسن عند عدم ظهور العلامات ، فالعلامات المشترك فيها الذكر والأنثى : الاحتلام وظهور العانة ، ومنها مختص بالأنثى ، كالحيض والحمل وظهور الثديين . وأما معرفة البلوغ بالسن عند عدم ظهور العلامات سالفة الذكر ، فيرى الشافعية والحنابلة أن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكر والأنثى على السواء ، ويرى أبو حنيفة والمالكية أن سن البلوغ ثمان عشرة سنة . انظر : روح المعاني للألوسي (٢٠٤/٤) ومجمع الأنهر (٤٤٤/٢) والمغني والشرح الكبير (٢٥٦/٣) ، مغني المحتاج (١٦٦/٢) .

الولاية في النكاح لأن لها أثرًا بعد البلوغ [١] .

٢٠٦١٤ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن ولايته في حال الصغر كانت في العقد وبعد البلوغ في الاعتراض . وليس هذا من أثر تلك الولاية ، ألا ترى عند مخالفنا يثبت بعد البلوغ الاعتراض لمن لا تثبت له ولاية حال صغرها ، وهو من سوى الأب والجد [٢] ؟

ولأنه نوع عقد فجاز أن تملك المرأة عقده كالبيع والإجارة [٣] .

٢٠٦١٥ - ولا يلزم الإمامة [٤] ، لأنها تملك عقد الإمامة مع المسلمين إذا حضروا للإخبار والتعليل وقع لعقدها ، وليس في علتنا أنها تعقد لنفسها أو لغيرها .

٢٠٦١٦ - ولأنها تملك التصرف في بدل هذا العقد بكل وجه فملكت العقد كالبيع .

٢٠٦١٧ - ولأنه عقد على البضع فجاز أن تعقده المرأة كالخلع [٥] .

٢٠٦١٨ - فإن قيل : المعنى في الرجل أنه يملك حل [٦] هذا العقد فملك عقده ، والمرأة لا تملك حل النكاح فلم تملك عقده .

٢٠٦١٩ - قلنا : الولي عندكم يملك عقد النكاح ولم يملك حله ، والرجل يملك عقد الإجارة ولا يملك حلها [٧] بنفسه .

---

(١) أي : أن للولاية بعد البلوغ ، وأثرها هو إجبار البكر البالغة على النكاح عند الجمهور ، كما أن من أثرها أيضًا عند الأحناف ثبوت الاعتراض للولي على المرأة إذا نكحت نفسها من غير كفء ، أو أنقصت من مهرها . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ١٥٤-١٥٨

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٢٣١/٣) .

(٣) الإجارة لغة : اسم للأجرة ، وشرعا : تمليك منفعة بعوض . راجع : البحر الرائق (٣٢٤/٧) ، ونهاية المحتاج (٢٦١/٥) .

(٤) الإمامة : يقال : أمَّ القوم في الصلاة يؤم مثل رد يرد (إمامة) وأتم به ، اقتدى ، والإمام الذي يقتدى به ، وجمعه (أئمة) . انظر : المصباح المنير مادة (أمم) .

(٥) أي أن عقد النكاح عقد على البضع فتملكه المرأة قياسا على تملكها عقد الخلع . انظر المبسوط (٥/ ١٢) ، حاشية ابن عابدين (٥٦/٣) . وأجيب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن عقد النكاح إنشاء للعقد بخلاف عقد الخلع فهو إنهاء له . والخلع لغة : الإزالة ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو إزالة الزوجية بما تعطيه المرأة من المال ، وحكمه الجواز ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] . والخلع تطليقة بائنة . انظر : الاختيار [١٢٠/٣] ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤٤٣/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (م) : [حكمهما] ، وفي (ن) ، (ع) [حكمها] ، ولا وجه لهما ، لأن الكلام في حل العقد =

٢٠٦٢٠ - احتج المخالف بقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [١] . فخاطب الرجال بإنكاح النساء ، كما خاطب الولي بإنكاح الإماء فدل على أن العقد إلى [٢] الأولياء [٣] .

٢٠٦٢١ - قلنا : الآية مشتركة الدليل ؛ لأن قوله : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ﴾ عطفا على قوله : ﴿ وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ﴾ [٤] وهذا خطاب للرجال والنساء ، وإذا أمر النساء بإنكاح الأيامى كان خلاف قول مخالفنا [٥] فأما نحن فنقول : معنى قوله : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ﴾ أي مكنوا الأيامى من النكاح ولا تمنعوهن منه ، فإنه يقال : أنكحها بمعنى خلّا بينها وبين التزويج ولم يمنعها وقد كانوا في الجاهلية يحولون بينها وبين التزويج تكبرًا أو تعظمًا فأمر بترك ذلك [٦] .

٢٠٦٢٢ - احتجوا بما روى ابن جريج [٧] ، عن سليمان بن موسى [٨] ، عن الزهري ، عن عروة [٩] ، عن عائشة عن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نُكِحَتْ بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا - أو قال اختلفوا - فالسلطان ولي مَنْ لا ولي له » [١٠] .

= وإنهائه لا في حكمه .

(١) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [على] .

(٣) انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس (١٧١/٢) .

(٤) سورة النور : الآية ٣١ .

(٥) لأن مخالف الأحناف في حكم اشتراط الولي في النكاح وهم الشافعية والمالكية والحنابلة يقولون إنه لا عبارة للنساء في النكاح فلا يصح عندهم أن تعقد المرأة النكاح لنفسها ولا لغيرها دون إذن الولي في ذلك ، فإذا كان الأمر بالإنكاح في قوله ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ﴾ عام يعم الرجال والنساء كان في ذلك خلاف لقولهم .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٣٠/٣) .

(٧) هو أبو خالد عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي ، مولاهم ، ثقة ، حديثه في الكتب الستة مات سنة ١٥٠ هـ وقيل ١٥١هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦) ، وطبقات الحفاظ ص ٧٤ .

(٨) هو سليمان بن موسى الأسدي أبو أيوب فقيه أهل الشام ، قال أبو حاتم محله الصدق ، وفي حديثه بعض الاضطراب ، وقال ابن عدي : هو عندي ثبت صدوق ، مات سنة ١١٩هـ . انظر : التاريخ الصغير (٣٤٠/١) ، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٧٩ .

(٩) هو عروة بن الزبير بن العوام الأسدي أبو عبد الله المدني ، فقيه عالم ، كثير الحديث ، صالح لم يدخل في شيء من الفتن ، ولد سنة ٢٣هـ ، ومات سنة ٩١ أو ٩٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ص ٢٣ ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١) .

(١٠) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الولي (٥٦٦/٢) حديث رقم ٢٠٨٣ ، والترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢٨٠/٢) حديث رقم ١١٠٨ ، وابن ماجه كتاب النكاح ، باب لا =

٢٠٦٢٣ - الجواب : أن هذا الخبر قال ابن جريج : لقيت الزهري فسألته عنه فقال : لا أعرفه . [١] ومتى أنكر المروي عنه الخبر قدح ذلك في رواية من روى عنه ، كشهود الأصل إذا أنكروا الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع [٢] .

٢٠٦٢٤ - فإن قيل : حكم الخبر أخف من حكم الشهادة .

٢٠٦٢٥ - قلنا : قد استويا في اعتبار العدالة [٣] فكذلك في هذا الشرط ؛ لأن هذا

= نكاح إلا بولي (٦٠٥/١) حديث رقم ١٨٧٩ ، والحاكم في المستدرك (١٦٨/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٣٩/٩) حديث رقم ٢٢٦٢ .

(١) هذه المقولة عن ابن جريج وهذا هو مدخل الأحناف لرد هذا الحديث ولكن بالتقصي لأقوال أهل العلم بالرواية اتضح لنا عدم ثبوت هذه المقولة عن ابن جريج ، يقول البغوي في شرح السنة (٤٠/٩) : وضع بعضهم هذا الحديث ؛ لأن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهري فسألته فأنكره . قال يحيى بن معين : لم يذكر هذا القول عن ابن جريج إلا إسماعيل بن إبراهيم وسماع إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج ليس بذاك . انتهى كلامه .

ويقول الترمذي : ذكر يحيى بن معين أنه قال : لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن علية وضعف يحيى بن معين رواية ابن علية عن ابن جريج . انتهى كلامه . انظر : سنن الترمذي (٢٨٠/٢) .

(٢) المقصود بشهود الأصل هم الشهود الأول ، وشهود الفرع هم الشهود على نفس شهادة الشهود الأول ، كما يقول شاهد فرع : أشهد أن فلان ابن فلان قد أشهدني أن يشهد أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا وكذا . ويسمى هذا في اصطلاح الفقهاء « الشهادة على الشهادة » وهي جائزة باتفاق الفقهاء ، لأن الحاجة داعية إليها عند تعذر شهادة الأصل بموت أو مرض أو غيبة ويشترط في صحة الشهادة على الشهادة عدة شروط :

١ - تعذر حضور شهود الأصل .

٢ - تحقيق شروط الشاهد التي اشترط في شاهد الأصل .

٣ - تعيين شاهد الأصل . ٤ - الذكورة .

٥ - ألا يكون شاهد الفرع أقل من شاهدين ذكرين أو رجل وامرأتان عند المالكية والحنفية والشافعية سواء كان شاهد الأصل واحدًا أو أكثر ، وعند الحنابلة لا يشترط العدد فيشهد واحد على واحد واثنان على اثنين .

٦ - عدم رجوع شاهد الأصل في شهادته قبل الحكم بشهادة الفرع . انظر : المغني (٢٠٨/٩) ، والمهذب (٢٣٧/٢) .

(٣) العدالة لغة : الاستقامة ، وفي الاصطلاح : هي عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور . وشروطها عند جمهور الفقهاء : الإسلام إذا كانت الشهادة على مسلم ، واجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، والمروءة ، والبعد عن التهمة . انظر : المغني (١٦٤/٩) وما بعدها ، والاختيار (١٩٦/٢) ، وحاشية الدسوقي (١٦٤/٤) وما بعدها .

أثر في الشهادة ؛ لأن شهود الفرع ينقلون قوله كذلك المخبر عنه ينقل عنه [1] قوله فليس قبول قوله من إنكاره عنه .

٢٠٦٢٦ - فإن قيل : إذا كان الراوى ثقة لم يمتنع أن يكون راوى الأصل أُنسي ما رواه [2] .

٢٠٦٢٧ - قلنا : لا نسلم ثقة سليمان بن موسى ، وقد ذكره البخاري في الضعفاء وأسقطه لروايته لهذا الحديث بعينه [3] ، فكيف يسمع الزهري هذا الحديث ، فلم ينقله أحد من ثقات أصحابه حتى يسمعه سليمان الشامي وينساه الزهري حتى لا يعرفه ؟ مع إتقان الزهري وحفظه ولم يحسن الظن بالزهري وسليمان معروف بالتخليط في غير هذا الحديث .

٢٠٦٢٨ - وروي عن نافع [4] ، عن ابن عمر حديث الزمارة : أن ابن عمر رأي راعيًا يعزف الزمارة فوضع يديه على أذنيه وانصرف عن ذلك الطريق .

٢٠٦٢٩ - وروى هذا الحديث سليمان بن موسى ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن النبي ﷺ رأي راعيًا معه زمارة [5] فوضع يديه على أذنيه وانصرف من طريق آخر [6] .

٢٠٦٣٠ - قال أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر [7] : سمعت موسى بن هارون ابن عبد اللّه الحمال [8] وهذا أحفظ أهل زمانه ، وابن هارون بن عبد اللّه ، ويحيى بن

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر شرح السنة للبغوي (٩/٤١) .

(٣) انظر الضعفاء الصغير ص ٩ ، ١٠ ترجمة رقم ١٤٦ ، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٦٨) .

(٤) نافع هو : أبو عبد اللّه المدني مولى ابن عمر كثير الحديث مات سنة ١١٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٩/ ٣٥٩) طبقات الحفاظ ٤٠ العبر (١/١٤٧) .

(٥) ساقطة في (م) .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الأدب ، باب كراهية الغناء والزمر (٥/٢٢٢) ، وقال : حديث منكر ، كما رواه أيضًا من طريق مطعم بن المقدام عن نافع وقال : أدخل بين مطعم ونافع : سليمان بن موسى ، ورواه كذلك من طريق ميمون عن نافع وقال : وهذه أنكرها ابن عدي في الكامل (٣/٢٦٩) . (والزمار) الذي سمعه ابن عمر هو صفارة الرعاة . ويقول صاحب القاموس المحيط : زمر يزمر زمرًا غنى في القصب والزمار : ما يزمر به . انظر : القاموس المحيط مادة (زمر) .

(٧) محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري شيخ الحرم ، صاحب التصانيف ، كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل والإجماع لا يقلد أحدًا ، مات سنة ٣١٨هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٣/٣٨١) ، وطبقات الحفاظ ص ٣٢٨ .

(٨) هو موسى بن عبد اللّه بن مروان الحمال ، أبو عمران الحافظ الحجة ابن المحدث أبي موسى الحمال =

معين [١] ، وأحمد بن حنبل طبقة واحدة ، قال ابن المنذر : سمعت موسى بن هارون في ترك حديث سليمان بهذه العلة ، يعنى بحديث الزمارة ، ويستعظم أن ينسب إلى النبي ﷺ أنه سمع منكرًا فعدل عن الطريق ولم يغيره ، فكيف نسلم لهم ثقته مع ترك الأئمة له [٢] وكلامهم فيه وطعنهم فيه [٣] وظهور غلطه ؟

٢٠٦٣١ - قال مخالفنا حكاية عن الدارقطني : إنه لم يرو عن ابن جريج إنكار الزهري لحديث سليمان إلا ابن عُلية [٤] ولم يذكره ثقات العلماء من أصحاب ابن جريج ، وهذا كلام يدل على فساده بيعض الاحتجاج بالخبر فإن ابن عُلية لم يشك فيه ، ولا تكلم عليه محدث وهو المحتج بقوله الموثوق بروايته [٥] فإن كان الدارقطني يقف فيما يرويه ؛ لأن غيره من أصحاب ابن جريج لم يرووه فيجب التوقف في خبر سليمان ابن موسى ؛ لأن أصحاب الزهري والعلماء منهم لم يرووه عنهم فَلِمَ قَبِلَ خبره وهو رجل شامي ومن دفع طعنا على خبر بما يعود عليه في إبطال الخبر لشديد الغفلة .

٢٠٦٣٢ - قالوا : قال ابن المنذر : إنما كان في الخبر زيادة ، قال ابن جريج : سألت الزهري عنها ، فقال : لا أعرفها .

٢٠٦٣٣ - قلنا : لو كان كذلك لروى ابن جريج نفسه [٦] الخبر عن الزهري وأسقط سليمان، ولكن لا يخفى ذلك على البخاري حتى يسقط سليمان بروايته لهذا

= البغدادي ، قال الخطيب : موسى بن هارون ثقة حافظ ، ولد سنة ٢١٤هـ ، ومات سنة ٢٩٤هـ . انظر : تاريخ بغداد (٥٠/١٣) ، وطبقات الحفاظ ٢٩٢ والعبر (٩٩/٢) .

(١) هو يحيى بن معين بن عون بن زياد بن البسطام بن عبد الرحمن ، مولاهم البغدادي ، أبو زكريا ، إمام أهل زمانه في الحديث ، ولد سنة ١٥٨ ومات بالمدينة المنورة سنة ٢٠٣هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٨٥ ، وتذكرة الحفاظ (٤٢٩/٢) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) في (م) : [عليه] .

(٤) هو إسماعيل بن إبراهيم ابن علية - وهي أمه ، وجده مقسم الأسدي مولاهم البصري ، أبو بشر ، وروى عن حميد الطويل ، وشعبة ، والثوري وغيرهم ، وروى عنه أحمد بن حنبل وابن راهويه وابن المديني وغيرهم ، وقال شعبة : ابن علية سيد المحدثين وريحانة الفقهاء مات ببغداد ١٩٣هـ وكان مولده ١١٠هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٣٣ ، ١٣٤ ، وميزان الاعتدال (٢١٦/١) .

(٥) ولكن يحيى بن معين ضعف ما رواه ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري راوي الحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فقال لا أعرفه . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٦٦/٣) .

(٦) في (م) : [نفسه] ، وفي غيرها : « نفس » .

الحديث [١] .

٢٠٦٣٤ - قالوا : فقد روى هذا الخبر ابن عامر الغفاري عن زمعة بن صالح [٢] عن هشام بن عروة [٣] عن أبيه [٤] عن النبي ﷺ [٥] .

٢٠٦٣٥ - قلنا : زمعة بن صالح مكي معروف بقلة الضبط تركه عبد الرحمن بن مهدي [٦] وسُئِلَ يحيى بن معين عنه فقال : ضعيف .

٢٠٦٣٦ - ثم الذي يدل على بطلان هذا الخبر أن مذهب عائشة جواز النكاح بغير ولي [٧] ، وقد زوجت حفصة [٨] بنت أخيها عبد الرحمن [٩] - وكان غائبا - المنذر بن الزبير [١٠] ، فلما قدم عبد الرحمن قال : أمثلي يفتات عليه في بناته ، فقالت عائشة

---

(١) انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (٣٨/٤) ترجمة ١٨٨٨ ، والحديث الذي أسقط البخاري سليمان ابن موسى بسببه هو حديث الزمارة الذي سبق تخريجه لخلطه فيه .

(٢) هو : زمعة بن صالح المكي ، روى عن عمرو بن دينار ، وابن طاووس ، قال أحمد ، ويحيى ، والرازي : ضعيف ، وقال النسائي : ليس بالقوي كثير الغلط عن الزهري ، وقال ابن حبان : كان رجلا صالحاً يخطئ ولا يفهم فغلب في حديثه المناكير ، مات ١٨٧هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٢٩٦/١) ، والكاشف (٢٥٤/١) .

(٣) هو : هشام بن عروة بن الزبير بن العوام أبو المنذر ثقة ثبت كثير الحديث ، روى عن : أبيه ، وعمه عبد الله بن الزبير وطائفة غيرهما ، وروى عنه : مالك ، وأبو حنيفة ، وشعبة ، توفي سنة ١٤٥هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٦١ ، وميزان الاعتدال (٣٠١/٤) .

(٤) أخرجه البغوي في شرح السنة (٤٠/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٠٦/٧) .

(٥) انظر : كتاب المجروحين لابن حبان (٣١٢/١) . وعبد الرحمن بن مهدي : هو أبو سعيد عبد الرحمن ابن مهدي البصري ، صنف له الشافعي كتاب الرسالة وحملها إليه على يد الحارث بن سريج النقال ، روى ابن مهدي عن : الأعمش ، ويحيى الأنصاري وغيرهما ، وعنه : أحمد ، وابنا أبي شيبة وابن كريب ، وغيرهم مات سنة ١٩٢ هـ انظر : طبقات الحفاظ /١٢٩ ؛ تاريخ بغداد (٢٤٠/١٠) .

(٦) انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٢٩/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢/٥) ، وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) .

(٨) حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق من ثقات التابعيات ، روى لها مسلم .

(٩) عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، أبو محمد . أسلم قبل الفتح ومات سنة ٥٤ ، وقيل ٥٩هـ . انظر : البداية والنهاية (٩٥/٨) ، والإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٩٩/٢) .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [المنذر] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما هو موجود في كتب التراجم . والمنذر : هو المنذر بن الزبير بن العوام ، أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ولد في زمن عمر =

للمنذر : « أجعل أمرها في يدها » (١) فكيف يظن أن عائشة تسمع النبي ﷺ يقول : « أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » . فتزوج بنت أخيها بغير أمره (٢) ؟

٢٠٦٣٧ - وقد روي عن معمر (٣) ، عن الزهري أنه قال : إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها كفؤًا فهو جائز . (٤) ولو كان سمع الحديث لمنع جواز النكاح ، ولو ثبت الخبر كان مشترك الدليل (٥) ، لا لأن (٦) لفظه يمنع النكاح بغير إذن الولي .

٢٠٦٣٨ - ودليله أن النكاح [بإذن الولي] (٧) جائز ودليل الخطاب (٨) عندهم

= وعاش من العمر أربعين سنة . انظر سير أعلام النبلاء (٣/٣٨١) ، البداية والنهاية (٨/٢٤٦) .

(١) أخرجه مالك في المدونة الكبرى (٣/١٧٨) ، وفي الموطأ : كتاب الطلاق رقم ٢٢ . انظر : شرح الموطأ للزرقاني (٢/٧٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٧/١١٢) . وقال البيهقي : « إنما أريد بها أنها مهدت أسباب تزويجها ثم تولى عقد النكاح غيرها فأضيف النكاح إليها لإذنها في ذلك ولتمهيدها أسبابه » انتهى كلامه ، ولقد أفسد الطحاوي في كتابه اختلاف العلماء في هذا الحديث بأمرين أولهما : أن ابن حنبل قال : ابن جريج يقول : أخبرت عن عبد الرحمن بن القاسم فصار بينه وبين عبد الرحمن مجهولا . والآخر : أن الشافعي يرويه عن ابن جريج عن عبد الرحمن عن عائشة مرسلا ولم يذكر فيه عن أبيه . انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (٧/١١٢) ، ثم هذا الحديث معارض بما روي عنها أنها قالت لبعض أهلها : زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح . انظر : شرح السنة للبغوي (٩/٤٠) .

(٢) انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٦٩) والتي زوجت هي عائشة ، زوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن للمنذر بن الزبير . انظر : لسان العرب مادة (فوت) .

(٣) هو معمر بن راشد الأزدي ، الحراني البصري ، نزيل اليمن ، يكنى أبا عروة ، روى عن : الأعمش ، ومحمد بن المنكدر ، وقتادة ، والزهري ، وروى عنه : أيوب ، وشعبة ، والسفيانان ، قال ابن حبان : كان فقيها متقنا حافظا ورعًا ، مات في رمضان ١٥٢هـ وقيل ١٥٣هـ . انظر : البداية والنهاية (١٠/١١١) ، وطبقات الحفاظ ٨٢ ، وطبقات ابن سعد (٥/٣٩٧) .

(٤) انظر : مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦/١٩٦) .

(٥) المشترك : هو اللفظة الموضوعة لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعًا أولًا من حيث هما مثل لفظ « القرء » فإنه يطلق على الطهر وعلى الحيض ، وقد اختلف أهل العلم في المشترك فقال قوم : إنه واجب الوقوع في لغة العرب ، وقال آخرون : إنه ممتنع الوقوع ، وقالت طائفة : إنه جائز الوقوع وكل له دليله موضح في كتب أصول الفقه . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٩ ط مصطفى البابي الحلبي .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بغير إذن الولي] ، ولا وجه له .

(٨) دليل الخطاب : هو تعليق الحكم على أحد وصفي الشيء ، وهو حجة عند الجمهور ، وغير حجة عند الأحناف . ومثاله : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] فلقد =

كالنطق ، ومقتضاه جواز عقدها بإذنه وهو خلاف قولهم .

٢٠٦٣٩ – فإن قيل : إنما يحتج بالدليل إذا لم يسقط النطق ، وكل من جوز نكاحها بإذن الولي جوزه [بغير إذنه] (١) فكان في اعتبار الولي إسقاطه (٢) .

٢٠٦٤٠ – قلنا : ليس كذلك ؛ لأن من مذهب محمد بن الحسن وغيره من الفقهاء أن عقد المرأة بإذن وليها جائز ، ولا يجوز بغير إذنه فالخبر حجة محمد دون غيره (٣) .

٢٠٦٤١ – وجواب آخر : وهو أن قوله : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » يقتضي امرأة لها ولي والولي في الإطلاق من ينفرد بالتصرف . والمرأة المختلف فيها (٤) ليس لها ولي في الإطلاق ، بل هي ولية نفسها وإنما تثبت الولاية على المجنونة والأمة والصغيرة ، وعندنا لا يصح نكاح هؤلاء بغير إذن الولي (٥) .

٢٠٦٤٢ – فإن قيل : المرأة التي لها ولي بالاتفاق يعترض عليها في الكفاءة .

٢٠٦٤٣ – قلنا : لا يتناوله إطلاق الاسم عندنا حتى تملك الانفراد بالعقد وإن تناوله الاسم على سبيل المجاز (٦) من حيث يجب له الاعتراض إذا أدخلت عليه شيئًا .

٢٠٦٤٤ – فإن قيل : الصغيرة لا يتناولها المرأة .

= علق حكم النفقة على وجود الحمل ، فتجب للمطلقة النفقة والسكنى وتسقط نفقتها بوضع الحمل . ومثاله أيضًا في الغنم السائمة زكاة ، فتجب الزكاة في الغنم السائمة دون المعلوفة بشرط بلوغ النصاب والحول . انظر : إرشاد الفحول ص ١٧٩ ، والمعونة في الجدل لأبي إسحاق الشيرازي ص ٣٥ ، ٨٧ .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٢) أي : أن الدليل حجة طالما منطوقه لا يزال قائما ، فالحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » منطوقه يدل على أن المرأة إذا نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، ومفهومه يدل على أنها إذا نكحت بإذنه فنكاحها صحيح ، فكان في اعتبار الولي إسقاطه .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٢٥٦/٣) ، المبسوط ١٢١٥ .

(٤) هي البكر البالغة العاقلة ، فعند الأحناف لا ولاية لأحد عليها ، بل هي ولية نفسها ، فلا ولاية عندهم إلا على المجنونة والأمة والصغيرة . يقول الإمام السرخسي : « ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها ، أو على الصغيرة ، أو على المجنونة » . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٢٥٦/٣) .

(٦) المجاز : هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة مع قرينة ، والمجاز واقع في كلام العرب عند جمهور أهل العلم ، ولابد له من علاقة بينه وبين الحقيقة ، وهذه العلاقة هي اتصال للمعنى المستعمل فيه بالموضوع له ، كما أنه لابد له من قرينة . انظر : إرشاد الفحول ٢١-٢٥ .

٢٠٦٤٥ - قلنا : المراهقة (١) يصح أن تسمى بذلك .

٢٠٦٤٦ - قالوا : المجنونة لا يتناولها الخبر ؛ لأن النكاح لا يضاف إليها (٢) .

٢٠٦٤٧ - قلنا : عقد المجنونة عندنا يقف على الإجازة فصح أن يضاف إليها (٣) .

٢٠٦٤٨ - قالوا : في الخبر : « فإن مسها فلها المهر » والأمة لا تستحق المهر .

٢٠٦٤٩ - قلنا : يضاف إليها وينتقل من جهتها إلى الولي ، وهذه إضافة صحيحة كما قال ﷺ : « من باع عبدًا وله مال فماله للبائع » (٤) .

٢٠٦٥٠ - قالوا : روي في الخبر : « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ، والأمة لا تطالب بالعقد ، وإن (٥) اشتجرت ومولاها لا يعقد عليها السلطان (٦) .

٢٠٦٥١ - قلنا : قوله « السلطان ولي من لا ولي له » ليس المراد به أنه يتولى العقد/ ٢٣٢/ب لكن إذا تشاجر الأولياء ، ولي السلطان في فسخ العقد الذي يجب فسخه وإمضاء العقد الذي ثبت عقده ويجب إمضاؤه .

٢٠٦٥٢ - فإن قيل : لو كان المراد بالخبر نكاح المجنونة والأمة والصغيرة لم يكن لتخصيص (٧) النكاح معنى ؛ لأن النكاح في حقهن والبيع والإجارة لا يصح إلا بولي .

٢٠٦٥٣ - قلنا : خص النكاح لأنه الأهم فيما يتعلق بالنساء ، وفيه تذكرة على غيره

---

(١) المراهقة : يقال راهق الغلام : أي قارب الحلم ، والمراهقة : هي من قاربت الحلم . انظر : القاموس المحيط مادة (رهق) .

(٢) أي : أن المجنونة لا يتناولها الخبر القائل : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » لأن العقد لا يضاف إليها لعدم تكليفها . انظر : الأم (٢٠/٥ ، ٢١) .

(٣) أي : أن المجنونة إذا عقدت لنفسها عند الأحناف صح عقدها ولكنه يقف على إجازة الولي فإن أجازه جاز وإلا فلا . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٢/٢) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب رقم ١٧ ، ومسلم في كتاب البيوع حديث رقم ٧٨ ، وأبو داود في كتاب البيوع ، باب رقم ٤٤ ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب رقم ٢٥ ، والنسائي في كتاب البيوع ، باب رقم ٩٦ الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، وابن ماجه : كتاب التجارات ، باب رقم ٣١ ، حديث رقم ٢٢١١ ، والدارمي في سننه في كتاب البيوع ، باب رقم ٢٧ .

(٥) في (م) : [وإذا] .

(٦) أي : أن الحرة إن اشتجرت ومولاها عقد عليها السلطان ، بخلاف الأمة إن اشتجرت ومولاها لا يعقد عليها السلطان ، لما في عقده عليها ضرر بمالكها . يقول الشيرازي : « ولأنه جعل المهر لها ، وجعل تزويجها عند الاشتجار إلى السلطان ، ولا يكون هذا في الأمة » اهـ .

(٧) التخصيص لغة : الإفراد ، وفي الاصطلاح : تمييز بعض الجملة بالحكم . انظر : إرشاد الفحول ١٤٢ .

وتخصيص النبي ﷺ الشيء بالذكر قد يكون بالحاجة إلى ذكره ؛ ولأن المصلحة في النص عليه دون غيره وترك غيره على الاجتهاد [١] .

٢٠٦٥٤ – احتجوا : بما روى [أبو بردة] [٢] ، عن أبيه ، عن أبي موسى الأشعري [٣] ، عن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » [٤] .

٢٠٦٥٥ – قلنا : هذا الخبر الصحيح فيه أبو بردة عن النبي ﷺ ، وهم لا يقولون بالمراسيل [٥] .

٢٠٦٥٦ – رواه مرسلًا : شعبة [٦] ، وسفيان [٧] ، ورواه مسندًا [٨] : ....

(١) الاجتهاد : لغة مأخوذة من الجهد ، وفي الاصطلاح : بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط . انظر : إرشاد الفحول ص ٢٧ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) . وأبو بردة : هو أبو بردة بن عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري فقيه أهل الكوفة وقاضيها ، اسمه كنيته ، وقيل الحارث ، وقيل عامر ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، مات ١٠٣ ، أو قيل ١٠٤ ، وقيل ١٠٧ ، ونيف على الثمانين . انظر : طبقات الحفاظ ٣٦ ، وطبقات ابن سعد (٢٥/٤) .

(٣) هو : عبد الله بن قيس بن سليم أبو موسى الأشعري نسبة إلى بني الأشعر بن قحطان ، استعمله النبي ﷺ مع معاذ على اليمن واستعمله عمر على الكوفة والبصرة ، وكان عالما صالحا ، حسن الصوت بالقرآن ومات في ذي الحجة ٤٤ هـ . انظر : أسد الغابة (٣٠٦/٦) ، الإصابة (٣٥١/٢) ، العبر (٥٢/١) .

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢٨٠/٢) حديث رقم ١١٠٧ ، وأبو داود في كتاب النكاح ، باب في الولي حديث رقم ٢٠٨٥ ، وابن ماجه في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٥/١) حديث رقم ١٨٨١ ، والدارقطني (٢١٩/٣) في كتاب النكاح حديث رقم ٤ ، والبيهقي في الكبرى في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٤٠/٧) .

(٥) المرسل : هو ما رفعه التابعي إلى رسول الله ﷺ دون ذكر الصحابي ، وما ادعاه الإمام القدوري من أن الشافعية لا يأخذون بالحديث المرسل غير صحيح ، بل يأخذون به بشرط تقويته بمرسل آخر ، أو قول صحابي ، أو فتوى لجماعة من العلماء ، والحديث المختلف فيه « لا نكاح إلا بولي » تقوى بأكثر من طريق . انظر : الرسالة للإمام الشافعي ص ٤٦١ ، والمراسيل لأبي داود ص٢٧-٢٩ .

(٦) هو : شعبة بن الحجاج بن الورد أبو بسطام العتكي ، قال فيه الثوري : شعبة بن الحجاج أمير المؤمنين في الحديث ، كان عابدا زاهدا ، يقدم على الثوري في التثبت ، وكان أعلم بالرجال ، مات سنة ١٦٢ هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٣ ، تهذيب التهذيب (٣٣٨/٤) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٧) .

(٧) هو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي ، من كبار الفقهاء والمحدثين ، اشتهر بالزهد والورع ، ولد سنة ٩٥هـ وتوفي سنة ١٦١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٨ ، تاريخ بغداد ١٩١/٩ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ٨٤ .

(٨) الحديث المسند : عرفه الخطيب البغدادي بأنه اتصل سنده من أوله إلى منتهاه وأكثر ما يستعمل فيما جاء عن النبي ﷺ دون غيره ، وعرفه ابن عبد البر بأنه هو : كل حديث اتصل إلى النبي ﷺ متصلا كان =

إسرائيل [١] ، عن أبي إسحاق ، عن أبي بردة [٢] ، وشعبة وسفيان ثقة ، وإسرائيل أثبت والرجوع إلى قولهما أولى ، هذه طريقة أصحاب الحديث [٣] .

٢٠٦٥٧ - والجواب عن الخبر أن « لا » لفظة مشتركة ينبغي بها الكمال تارة والجواب أخرى .

٢٠٦٥٨ - وعندنا النكاح الكامل ما عقده الولي حتى سقط اعتراضه فيه لعدم الكفاءة ولقصور ولايته عن حضور العقد وخطاب الرجال ، أو نحمله على الفضيلة بدليل قوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها » ولأن عائشة قالت : كان نكاح أهل الجاهلية أربعة أنواع . فنكاح الناس اليوم : يحضر الرجل إلى الرجل ابنته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر : يقول الرجل لامرأته : إذا طهرت فأرسلي إلى فلان فاستبضعي منه . وذكرت الأنواع كلها فقالت [٤] : بعث الله محمدًا ﷺ بالحق هدم نكاح أهل الجاهلية كله إلا نكاح أهل الإسلام اليوم . فذكرت أنواع النكاح وأخرت أن [٥] محمدًا ﷺ هدمها إلا نكاح أهل الإسلام يخطب الرجل إلى الرجل ابنته .

٢٠٦٥٩ - فقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » . معناه : لا نكاح من أنكحة أهل

= أو منقطعا . انظر : تدريب الراوي للسيوطي (١٨٢/١) .

(١) هو : إسرائيل بن أبي إسحاق الهمداني السبيعي ، أبو يوسف الكوفي ، روى عن : الأعمش ، وسماك بن حرب ، وعاصم الأحول ، وروى عنه : عبد الرزاق ، وأبو داود الطيالسي ، وابن مهدي ، ووكيع ، قال فيه أحمد : إسرائيل أصح حديثا من شريك إلا في أبي إسحاق فإن شريكًا أضبط ، مات سنة ١٦٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٩١ ، وميزان الاعتدال (٢٠٨/١) .

(٢) هو : أبو إسحاق عمرو بن عبد الله بن علي الهمداني السبيعي الكوفي ، ولد لسنتين من خلافة عثمان ، ورأى عليا وأسامة بن زيد وعددًا من الصحابة وسمع منهم ، وروى عنه : ابناه يونس وشعبة ، والسفيانان وإسرائيل والأعمش ، قال أبو حاتم : يشبه الزهري في كثرة الرواية واتساعه في الرجال ، مات سنة ١٢٦هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٤٣ ، وتذكرة الحفاظ (١١٤/١) .

(٣) هذا الكلام يعتبر مدخلا للأحناف لرد الحديث . ولكنا نقول : لقد صحح الترمذي رواية إسرائيل عن أبي إسحاق ، مع علمه بأن شعبة وسفيان ثقة ، فقال : رواية هؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، عن النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي » عندي أصح ، لأن سماعهم من أبي إسحاق في أوقات مختلفة ، وإن شعبة والثوري أحفظ وأثبت من جميع هؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق هذا الحديث ، فإن رواية هؤلاء عندي أشبه وأصح ، لأن شعبة والثوري سمعا هذا الحديث من أبي إسحاق في مجلس واحد ، وإسرائيل هو أثبت في أبي إسحاق اهـ . انظر : سنن الترمذي (٢٨٢/٢) .

(٤) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

الجاهلية إلا هذا النكاح الواحد الذي وافق فعلهم شريعة الإسلام فنفى ما سواه من أنكحهم وأثبته خاصة .

٢٠٦٦٠ - ولأن الخبر يقتضي ثبوت النكاح بولي والزوج ولي في عقود نفسه والمرأة ولية في عقود نفسها ، يقال : امرأة ولي ورسول وعجوز ، فالعقد إنما يصح عندنا بولي ومتى كانا أو أحدهما ممن يولى عليه لم يجز عقده إلا هذا النكاح الواحد ، الذي وافق فعلهم شريعة الإسلام ، أنكحتهم ، وأثبته خاصة ؛ ولأن الخبر يقتضي ثبوت النكاح بولي [في عقود نفسه ، والمرأة ولية في] [1] عقود نفسها ، يقال : أمرا فالعقد إنما يصح عندنا بولي [2] ، ومتى كانا أو أحدهما [ممن لا يولى عليه جاز عقده] [3] .

٢٠٦٦١ - فإن قيل : ولي فعيل بمعنى فاعل ، فوجب أن يفرق بين الذكر والأنثى كقولهم : كريم وكريمة ، وبخيل وبخيلة [4] .

٢٠٦٦٢ - قلنا : فعيل إذا أريد به الجنس كانت الهاء مطروحة منه وإن اشتمل الجنس على المذكر والمؤنث ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ وَلَمْ يَكُن لَّهُ وَلِيٌّ مِّنَ الذُّلِّ ﴾ [5] . وقوله تعالى : ﴿ لَيْسَ لَهُم مِّن دُونِهِ وَلِيٌّ وَلَا شَفِيعٌ ﴾ [6] . وقال : ﴿ وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾ [7] . وقوله ﷺ : « الزعيم [8] غارم » [9] . وقوله تعالى :

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [ممن يولى عليه لم يجز عقده] ، والأصح ما أثبته ، كما هو موجود في كتب المذهب الحنفي ، يقول الإمام السرخسي : بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت بنتها برضاها فجاء أولياؤها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح ، وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح ، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكرا أو ثيبا . انظر : المبسوط (١٠/٥) .

(٤) أي : أن « فعيل » إن كان بمعنى « فاعل » لحقته تاء التأنيث للفرق بين صفة المذكر وصفة المؤنث ، نحو كريم وكريمة ، يقول ابن هشام رحمه الله : والغالب في التاء أن تكون لفصل صفة المؤنث من صفة المذكر كقائمة وقائم . انظر : أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٢٨٧/٤) .

(٥) سورة الإسراء : الآية ١١١ .

(٦) سورة الأنعام : الآية ٥١ .

(٧) سورة الحج : الآية ٢٨ .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية حديث رقم ٣٥٦٥ ، من حديث أبي أمامة ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء أن العارية مؤداة ، وقال : « وفي الباب عن كرة بن جندب ، وصفوان بن أمية ، وأنس بن مالك ، وحديث أمامة حسن » . اهـ .

﴿ وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴾ . وقال الفرزدق [١] :

أما الرجال فلم تنفع شفاعتهم وشفعت بنت منظور بن زبانا

ليس الشفيع الذي يأتيك مؤتزرًا مثل الشفيع الذي يأتيك عريانا [٢]

٢٠٦٦٣ – فإن قيل : النبي ﷺ جعل الولي شرطًا فاقتضى الظاهر أن يكون غير العاقدين كقوله : « لا نكاح إلا بشهود » [٣] .

٢٠٦٦٤ – قلنا : إنما لم يجز أن يكون العاقد شاهدًا ليس من حيث كانت الشهادة شرطًا لكن لأن الإنسان لا يكون شاهدًا [٤] في حقوق نفسه وقد يكون وليًا في حقوق نفسه .

٢٠٦٦٥ – يبين ذلك أن الولي لا يجوز أن يكون شاهدًا وقد جاز أن يكون عاقدًا بالإجماع ، فدل على افتراق الشهادة والولاية .

---

(١) هو أبو فارس همام بن غالب ، أبو هميم الدارمي الشهير بالفرزدق ، شاعر من النبلاء من أهل البصرة عظيم الأثر في اللغة ، ولقب بالفرزدق لجهامة وجهه وغلظته ، وتوفي في بادية البصرة وقد قارب المائة . انظر ترجمته في : البداية والنهاية (٢٩٨/٩) ، الأغاني (٣٦٧/٩) ، الأعلام (٩٦/٩) .

(٢) انظر هذين البيتين في : كتاب الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني (٣٩٧/٩) ط دار الكتب بيروت ، والعقد الفريد لابن عبد ربه ١٤٧/٥ ط دار الكتاب العربي بيروت . والمناسبة التي قال فيها الفرزدق هذين البيتين : هي أن النوار بنت عبد الله كانت قد خطبها رجل ورضيته ، وكان وليها غائبا ، فجعلت أمرها إلى الفرزدق ، لأنه كان وليا أبعد لها ، وأشهدت له بالتفويض ، فلما توثق منها بالشهود أشهد أنه قد زوجها من نفسه ، فأبت منه ، وخاصمته إلى عبد الله بن الزبير فنزل الفرزدق على حمزة بن عبد الله ، ونزلت النوار على زوجة عبد الله بن الزبير فكان كلما أصلح حمزة من شأن الفرزدق نهارًا أفسدته المرأة ليلا حتى غلبت المرأة وقضى ابن الزبير على الفرزدق . والشاهد في الآية الأولى والثانية كلمة « ولي » وفي الثالثة « فقير » وفي الحديث كلمة « الزعيم » وفي البيتين كلمة « الشفيع » فهذه الكلمات وزنها « فعيل » الذي أريد به الجنس فتحذف منه تاء التأنيث وإن اشتمل على المذكر والمؤنث ، ولكنا نقول : هذا غير صحيح ، لأن فعيل إذا كان بمعنى فاعل لحقته تاء التأنيث مطلقا ، أما إذا كان بمعنى مفعول فلا تلحقه التاء ، والنزاع في (فعيل) التي بمعنى فاعل لا بمعنى مفعول ، يقول ابن هشام : ولا تدخل هذه التاء خمسة أوزان إلى أن قال : والثاني فعيل بمعنى مفعول نحو رجل جريح وامرأة جريح ، فإن كان فعيل بمعنى فاعل لحقته التاء نحو رجل رحيم وامرأة رحيمة ، ا هـ . انظر : أوضح المسالك (٢٨٨/٤) .

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة (٢٨٤/٢) حديث رقم ١١١٠ ، موقوفًا ، وفي نيل الأوطار كتاب النكاح ، باب الشهادة (١٢٧/٦) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وليا] ، ولا وجه له .

٢٠٦٦٦ - قالوا : روى سعيد بن جبير [١] ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٢] .

٢٠٦٦٧ - قلنا : رواه عدي بن الفضل [٣] ، عن عبد الله بن عثمان بن خيثم [٤] ، عن سعيد بن جبير . وعدي بن الفضل ساقط الحديث [٥] .

٢٠٦٦٨ - قالوا : روى هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « لابد في النكاح من أربعة : الولي ، والزوج ، والشاهدان » .

٢٠٦٦٩ - قلنا : يرويه خالد بن الوضاح ، عن أبي الحصيب [٦] عن [٧] هشام ، وأبو الحصيب مجهول لا يعرف [٨] .

٢٠٦٧٠ - قالوا : روى عبد الله بن مسعود [٩] قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [١٠] .

---

(١) هو : سعيد بن جبير بن هشام الوابلي ، روى : عن ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير وغيرهم ، وروى عنه : الأعمش وسلمة بن كهيل ، وكان ابن عباس إذا جاءه أهل الكوفة يستفتونه كان يقول لهم : أليس فيكم ابن جبير ؟ قتله الحجاج سنة ٩٥هـ . انظر : البداية والنهاية (١٠٩/٩) ، وطبقات الحفاظ ٣١ .

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (١٢/٢) في كتاب النكاح ، باب ما جاء في الولي ، والدارقطني في كتاب النكاح (٢٢١/٣) رقم ١١ .

(٣) هو عدي بن الفضل التيمي ، أبو حاتم البصري ، قال ابن معين : وأبو حاتم متروك الحديث ، وقال يحيى : لا يكتب حديثه ، وقال غير واحد : ضعيف ، مات سنة ١٧١هـ . انظر ترجمته في : تقريب التهذيب (١٧/٢) ، ميزان الاعتدال (٦٢/٣) ، والضعفاء للبخاري ص٢١٢ .

(٤) هو عبد الله بن عثمان بن خيثم القاري من القارة خلفاء بني زهرة ، يكنى أبا عثمان ثقة ، قال ابن معين : ليست أحاديثه قوية ، ذكره ابن حبان في الثقات مات سنة ١٣٢هـ . انظر ترجمته في : الضعفاء الصغير للإمام البخاري ص ١٧٢ ، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٧ ، وتاريخ الثقات ٢٦٨ ، والتاريخ الكبير (١٤٦/٣) .

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب النكاح (٢٢٥/٣) حديث رقم ١٩ ، وقال : وأبو الحصيب مجهول ، واسمه نافع بن ميسرة . اهـ .

(٦) أبو الحصيب : هو نافع بن ميسرة ، روى عن هشام بن عروة ، وقال الدارقطني : مجهول لا يعرف . انظر : ميزان الاعتدال (٢٤٢/٤) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : سنن الدارقطني (٢٢٥/٣) .

(٩) هو عبد الله بن مسعود ، أبو عبد الرحمن الهذلي صحابي جليل ، وأحد السابقين إلى الإسلام ، ومن نبلاء الفقهاء المقرئين ، كان ممن يتحرى في الآراء ويشدد في الرواية وكان من أوعية العلم وأئمة الهدى ، مات بالمدينة سنة ٣٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٥ ، وأسد الغابة (٣٨٤/٣) ، والإصابة (٣٦٠/٢) .

(١٠) سبق تخريجه .

٢٠٦٧١ – قلنا : رواه بكر بن بكار [(١)] ، عن عبد الله بن محرز [(٢)] ، عن قتادة [(٣)] ، عن الحسن [(٤)] ، عن عمران بن حصين [(٥)] ، عن عبد الله بن مسعود .

٢٠٦٧٢ – وبكر بن بكار ساقط الحديث رد شهادته العنبري [(٦)] وقذف في شعر معروف ، وعبد الله بن محرز العامري ، قال يحيى بن معين : ليس بثقة [(٧)] ، وضعفه ابن المبارك [(٨)] .

٢٠٦٧٣ – قالوا : روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي

---

(١) هو : بكر بن بكار القيسي البصري ، يكنى أبا عمر ، روى عن عائذ بن شريح ، ومسعود ، وشعبة ، وغيرهم ، وروى عنه : أبو داود الطيالسي وغيره ، ضعفه أبو حاتم والنسائي وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٣١/٢) ، تهذيب التهذيب (٤٢٠/١) .

(٢) هو : عبد الله بن محرز العامري ، روى عن : الحسن البصري ، والحكم بن عتيبة ، وقتادة ، والزهري ، ونافع مولى ابن عمر ، ويحيى بن كثير ، وروى عنه : الأبيض بن الأعز ، وإسماعيل بن عياش ، وخارجة بن مصعب ، والثوري ، وهو أي عبد الله بن محرز مولى بني عقيل ، قال يحيى بن معين : ضعيف . انظر : تقريب التهذيب (٤٤٥/٢) .

(٣) هو : قتادة بن دعامة بن قتادة أبو الخطاب ، الحافظ العلامة المفسر ، ولد سنة ٦٠هـ إمام أهل البصرة في التفسير والحديث والفقه ، وله دراية بالعربية والشعر والإنسان وأيام الجاهلية ، ومات سنة ١١٧هـ وقيل ١١٨هـ . انظر : البداية والنهاية (٣١٣/٩ – ٣٣٤) ، طبقات الحفاظ ٤٧ ، الأعلام (٧/٦) .

(٤) هو : أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري ، مولى زيد بن ثابت ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب بالمدينة ، وقدم البصرة بعد مقتل عثمان وكان إمام وقته عالما زاهدا ورعا ، ومات سنة ١١٠هـ انظر : حلية الأولياء (١٣١/٢) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) ، تذكرة الحفاظ (٧١/١) .

(٥) هو عمران بن الحصين أبو نجيد الخزاعي ، تولى قضاء البصرة ، حدث عنه : الحسن ، وابن سيرين ، وزرارة وغيرهم ، وله أحاديث عدة ، مات سنة ٥٢هـ انظر : أسد الغابة (٢٧١/٤) ، والإصابة (٢٧/٣) ، طبقات الحفاظ ص ٨ .

(٦) هو : عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري ، محدث ، أخرج له مسلم حديثًا واحدًا في ذكر موت أبي سلمة بن عبد الأسد ، وتولى قضاء البصرة بعد امتناع سنة ١٥٧ ، وبقي فيه إلى أن مات سنة ١٦٨هـ . انظر : طبقات الشيرازي ٩١ ، الكامل لابن الأثير (٧٠/٥) ، الأعلام (٦٤/٤) .

(٧) انظر المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٢٣/٢) .

(٨) ابن المبارك هو : عبد الله بن المبارك أبو عبد الرحمن أحد الأئمة الأعلام فقهًا وعلمًا جمع العلم والفقه والأدب والورع والحج والغزو ، وكان بجانب كل هذا تاجرًا سخيا ، روى روايات كثيرة وصنف كتبا كثيرة في الحديث والفقه والورع ، رحل إلى العراق والحجاز والشام ومصر واليمن ، ومات سنة ١٨١هـ . انظر : البداية والنهاية (١٧٦/١٠) ، حلية الأولياء (١٦٢/٨) .

وشاهدي عدل » [١] .

٢٠٦٧٤ – قلنا : يرويه ثابت بن زهير [٢] عن نافع ، وثابت ساقط الحديث لا يحتج به لكثرة تخليطه فكيف يظن أن ابن عمر يسمع النبي ﷺ يقول : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » . ثم يزوج بنته بلا شهود [٣] .

٢٠٦٧٥ – قالوا : روى ابن سيرين [٤] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » [٥] .

٢٠٦٧٦ – قلنا : هذا خبر معروف من قول أبي هريرة ، وابن سيرين لم يسمع من أبي هريرة أكثر من ثلاثة أحاديث ليس هذا منها [٦] .

٢٠٦٧٧ – وهذه جملة أخبار ذكرها الدارقطني على عادته في [٧] نقل الفاسد والإمساك عن بيان ما يعلمه فيه تدليسا وتعصبا [٨] .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) هو : ثابت بن زهير أبو زهير البصري ، قال البخاري والدارقطني : منكر الحديث ، وقال ابن عدي : كل أحاديثه يخالف فيها الثقات ، سندا ومتنا ، وروى عن نافع ، وهشام بن عروة ، والحسن . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٩٤/٢) ، الضعفاء لابن الجوزي (١٥٧/١) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٩/٣) ، ونجيب على ذلك بأنه ربما فعل ابن عمر ذلك قبل أن يصله الحديث وبنته التي زوجها هي سودة بنت عبد الله بن عمر ، وأمها صفية بنت أبي عبيد بن مسعود . وزوجها عروة بن الزبير . انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد (١٧٨/٥) .

(٤) هو : محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري ، من أورع التابعين وفقهاء أهل البصرة روى عن : أبي هريرة ، وابن عمر ، وعبد الله بن الزبير ، وغيرهم ، اشتهر بتعبير الرؤيا ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان ، ومات سنة ١١٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٣٠٠/٩) ، حلية الأولياء (٢٦٣/٢) .

(٥) أخرجه ابن ماجه كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٦/١) ، والشافعي في مسنده كتاب النكاح ، الباب الثاني فيما جاء في الولي (١٣/٢) ، والدارقطني كتاب النكاح (٢٢٨/٣) حديث رقم ٢٥، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب من قال لا نكاح إلا بولي (١١٠/٧) ، وفي نيل الأوطار كتاب النكاح (١١٨/٦) ، وفي سبل السلام (١٢٠/٣) .

(٦) لا نسلم صحة هذه المقولة ، لأن ابن سيرين روى من الأحاديث الكثير عن أبي هريرة ومن بينها هذا الحديث . انظر : مسند الإمام أحمد الأحاديث رقم ٧١٢٠ ، ٧١٣٧ ، ٧١٩٤ ، ٧٣٧٤ ، ٧٥١٥ ، ٧٥١٨ ، ٧٥٩٢ ، ٧٥٩٣ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) التدليس : معناه كتمان العيب ، والتدليس في البيع : كتمان عيب السلعة عن المشتري . والتعصب : معناه التشدد ، يقال : يوم عصيب ، أي : شديد . انظر : مختار الصحاح مادتي (دلس) و (عصب) .

٢٠٦٧٨ – وقد ذكر ابن المنذر في كتابه جملة هذه الأخبار في اعتبار الشهادة (أبطل جميعها وحكم على كل واحد منها فَلِمَ أغفل [١] المحتج علينا كلام ابن المنذر وقوله في هذه الأخبار [٢] ؟

٢٠٦٧٩ – وقد قال يحيى بن معين : لا يصح في النكاح بلا ولي حديث عن رسول الله ﷺ .

٢٠٦٨٠ – وقال أصحاب الحديث [٣] : ليس فيها إلا حديث أبي بردة وقد تكلمنا عليه .

٢٠٦٨١ – قالوا : روى عن عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، بطلان النكاح بغير ولي [٤] .

٢٠٦٨٢ – قلنا : روي عن الحكم [٥] قال : كان علي [٦] إذا رفعت إليه امرأة تزوجت بغير ولي ودخل بها أمضاه [٧] .

٢٠٦٨٣ – وبينا أن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن [٨] .

٢٠٦٨٤ – وذكر الزبير بن بكار [٩] أن خولة بنت منظور بن زبان بن سيار الفزاري

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أعقد] .

(٢) انظر الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ٦٤/٤ ، ويقول فيه « لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر » انتهى .

(٣) انظر السنن الكبرى للبيهقي (١٠٧/٧) ، والمحلى لابن حزم الظاهري (٤٥٢/٩) ، وحاشية الطحاوي على الدر المختار (٢٦/١) .

(٤) انظر : سنن الترمذي (١١٩/٢) .

(٥) هو : الحكم بن عتيبة الكندي الكوفي أحد الأعلام الثقات ، يكنى أبا محمد ، أو أبا عبد الله ، روى عن : عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وغيره ، وروى عنه : الأعمش ، وشعبة ، وأبو حنيفة ، مات سنة ١١٣ هـ وقيل ١١٥هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٤٣٢/٢) ، طبقات ابن سعد (٢٣١/٦) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١١٢/٧) . ولكن هذه واقعة عين لا يعول عليها ، لأن الدارقطني ذكر أن الشعبي قال : « ما كان أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي ﷺ وكان يضرب فيه » انتهى كلامه . سنن الدارقطني (٢٢٩/٣) ، كتاب النكاح حديث رقم ٣٣ .

(٨) أجاب عن ذلك الحافظ ابن حجر في كتابه فتح الباري (١٨٦/٩) فقال : « لم يرد في الخبر التصريح بأنها باشرت العقد ، فقد يحتمل بأن البنت المذكورة ثيب ودعت إلى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ، وقد صح عنها أنها « أنكحت رجلا من بني أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس إلى النساء نكاح . أخرجه عبد الرزاق » . انتهى كلامه .

(٩) هو الزبير بن بكار بن عبد الله بن مصعب بن عبد الله بن الزبير بن العوام يكنى أبا عبد الله ، قاضي =

كانت تحت محمد بن طلحة السجاد [١] ، وهي أم إبراهيم بن محمد بن طلحة ، قتل محمد يوم الجمل [٢] وأختها [٣] تحت عبد الله بن الزبير [٤] ، خطبها الحسن بن علي [٥] فزوجها إياه عبد الله بن الزبير [٦] فأولدها الحسن [٧] بن الحسن [٨] فقدم أبوها من البادية فأنكر تزويجها بغير أمره ، فلم يبق أحد بالمدينة من قريش [٩] إلا اجتمع إليه . فقال له

= مكة ، روى عن إبراهيم بن المنذر ، وابن عيينة وغيرهما ، وروى عنه ابن ماجه ، وثعلب النحوي وغيرهما ، ثقة عالم بالنسب مات سنة ٢٥٦هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٢٣١ ، وفيات الأعيان (١٨٩/١) ، والعبر (١٢/٢) .

(١) هو : محمد بن طلحة بن عبيد الله القرشي ، ولد في حياة رسول الله ﷺ فسماه محمدا ولقب بالسجاد لكثرة سجوده ، قتل في موقعة الجمل سنة ٣٦هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٧٦/٣) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٢٣ .

(٢) يوم الجمل : موقعة كانت بين علي بن أبي طالب ، وبين جماعة من الصحابة منهم عائشة ، وطلحة والزبير بن العوام ، في طلب دم عثمان ، وكانت تلك الموقعة سنة ٣٦هـ يوم الجمعة في النصف الثاني من جمادى الآخر وسميت هذه الموقعة بيوم الجمل ، نسبة إلى الجمل « عكار » الذي اشتراه يعلى بن أمية من رجل من عرينة بمائتي درهم ، وأهداه لعائشة . انظر : البداية والنهاية (٢٤٢/٧) ، ط الريان ، العقد الفريد (٣١٣/٤) ، الإصابة (٥٠٨/٢) .

(٣) هي تماضر بنت منظور بن سيار الفزاري . انظر : أنساب قريش للزبير بن بكار (٥/١) ، جمهرة أنساب العرب لابن حزم ص ٣٨ .

(٤) هو عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد المكي ، أمه أسماء بنت أبي بكر ، كان فصيحا شجاعا ، روى عنه أولاده عامر وعباد وأم عمر ، وأخوه عروة وغيرهم ، بويع بالخلافة بعد موت يزيد بن معاوية سنة أربع وستين ، واستمرت ولايته تسع سنوات ، وكانت قاعدة ملكه بالمدينة إلى أن جهز عبد الملك بن مروان جيشا فحاربه وظفر به فقتل وصلب سنة ثلاث وسبعين هجرية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٠٨/٢) ، البداية والنهاية (٣٥٧/٨) .

(٥) هو الحسن بن علي بن أبي طالب ، أمه فاطمة الزهراء بنت رسول الله ﷺ ولد الحسن في رمضان في السنة الثانية من الهجرة ، وتوفي بالمدينة سنة ٤٩هـ انظر ترجمته في : الإصابة (١٢/٢) ، البداية والنهاية (٢٦/٨) .

(٦) انظر أنساب قريش للزبير بن بكار ٥/١ ، وجمهرة أنساب العرب ص ٨ .

(٧) في (م) : [الحسين] ، ولا وجه له .

(٨) هو : الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب ، سمع من أمه فاطمة بنت الحسين ، وروى عنه : عمر بن شبيب ، قدم الحسن هو وأخوه عبد الله على أمير المؤمنين السفاح فأكرمهما ، ولما تولى المنصور الخلافة حبسهما حتى ماتا سنة ١٤٥هـ انظر : البداية والنهاية (١٩١/٩) ، تاريخ بغداد (٢٩٣/٧) .

(٩) في (م) : [قيس] ، ولا وجه له ، وقريش قبيلة عظيمة من كنانة بن خزيمة ، واختلف في سبب تسميتها ، فقيل : إن قريشًا هو فهر بن مالك بن النضر ، فلا يقال قريش إلا لمن كان من ولد فهر ، وقيل : إن =

الحسن : أمرها إليك . [١] وهذه قصة مشهورة من أخبار قريش [كان يجب أن] [٢] لا تخفى على الشافعي فكيف يدعي الإجماع في هذا [٣] ؟

٢٠٦٨٥ - قالوا : عقد يفتقر إلى الشهود فافتقر إلى الولي ، كنكاح الصغيرة والمجنونة .

٢٠٦٨٦ - قالوا : والوصف مؤثر في الأصل ؛ لأن مالا يفتقر إلى الشهادة فيه ما يصح من الصغيرة ، وهو عقد الوصية [٤] .

٢٠٦٨٧ - قلنا : لا تأثير للوصف في المجنونة .

٢٠٦٨٨ - ولأن افتقار العقد إلى شرط لا يدل على افتقاره إلى ولاية ، بدلالة افتقار السلم [٥] إلى شروط لا يفتقر البيع إليها ولم تفتقر إلى ولاية ، والمعنى في الأصل : أنها لا تملك عقد البيع فلم تملك عقد النكاح وفي مسألتنا لما ملكت عقد البيع بنفسها ملكت عقد النكاح [٦] .

٢٠٦٨٩ - أو نقول : إقرارها بالنكاح لا ينفذ فلم ينفذ عقدها .

٢٠٦٩٠ - أو نقول : تمام النكاح لا يقف على رضاها ، ولما وقف تمام النكاح على

= قريشا اسم لنهر . راجع : لسان العرب مادة (قرش) ومروج الذهب (٥٩/٢) .

(١) انظر : أنساب قريش للزبير بن بكار ٥/١ ، وجمهرة أنساب العرب ص ٣٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ليس في القصة ما يدل على أنها زوجت نفسها بل الذي زوجها هو : عبد الله بن الزبير ، زوج أختها خولة ، وما ادعاه الإمام الشافعي صحيح ، لأن ابن المنذر قال : « ولا يعرف عن أحد الصحابة خلاف ذلك » أي خلاف اشتراط الولي في النكاح . انظر : فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦) ، والوصية لغة : الإيصال ، وشرعًا : تبرع مضاف لما بعد الموت ولو تقديرًا ، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِيكَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [النساء : ١١ ، ١٢] . وخبر الصحيحين « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وأركانها : موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢٦٦/٣ ، ٢٦٧) .

(٥) السلم لغة : السلف ، وشرعا : بيع عاجل بآجل بشروط ، وشروطه هي : كون المسلم فيه مضبوطا بالصفات التي يختلف بها الثمن ، ومعرفة مقدار المسلم فيه كيلا في المكيل ووزنا في الموزون ، وعدا في المعدود ، وأن يكون معلوما بالوصف جنسا ونوعا وجودة ورداءة ، وأن يكون مؤجلا أجلًا معلوما ، وأن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله ، وقبض رأس المال في مجلس العقد . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٢٣/٥) ، المبسوط (١٢٤/١٢) .

(٦) أي اشتراط الولي في صحة عقد نكاح الصغيرة والمجنونة ، لأنهما لا تملكان عقد المبيع بأنفسهما ، أما في مسألتنا فالمرأة الحرة البالغة العاقلة تملك عقد البيع بنفسها فملكت عقد النكاح انظر : المبسوط (١٢/٥) . ولكنا نقول : ذكر الحافظ ابن حجر إبطال هذا القياس وذكرناه سابقا فانظره إن شئت في فتح الباري (١٨٧/٩) .

رضا البنت الحرة دل على أنها مالكة له .

٢٠٦٩١ – أو نقول : إنما لا تملك التصرف في بدل العقد ، وفي مسألتنا : تملك التصرف في بدل العقد بعوض وغير عوض .

٢٠٦٩٢ – قالوا : عقد تصير المرأة به فراشًا فلا تملكه المستفرشة ، أصله : الأمة .

٢٠٦٩٣ – قلنا : الأمة المانع من ملكها لنكاحها المانع لها من ملك سائر العقود وهو الرق دون ما ذكروه ، ألا ترى أن المستفرش الحر يملك العقد ؟ ولو كان عبدًا لم يملكه ، كذلك المستفرشة ، والمعنى في الأمة أن تمام العقد لا يقف على قولها فلم تملكه والحرة بخلاف ذلك (١) .

٢٠٦٩٤ – قالوا : كل من ملك فسخ عقد غيره ملك الولاية في انعقاده ، كالموكل مع وكيله كما ملك فسخ العقد [الذي هو الوكالة كان له ولاية فيه ، كذلك الولي يملك فسخ العقد إذا تركت الكفاءة] (٢) فكان له ولاية فيه (٣) .

٢٠٦٩٥ – قلنا : إن كانت قد تزوجت بنفسها من غير كفء فالعقد لا ينعقد عندكم فكيف تملك (٤) الفسخ ، وإن زوجها الولي فليس لولي آخر الفسخ عندنا .

٢٠٦٩٦ – ولأنه يملك الاعتراض عليها في هذا العقد لنفي الضرر عن نفسه .

٢٠٦٩٧ – وهذا لا يدل على ثبوت ولايته فيه ، [كما يعترض الشفيع على تصرف المشتري فيفسخه ولا ولاية له فيه] (٥) ، ويعترض الورثة على تبرع المريض بالمحاباة ولا ولاية لهم في عقوده .

٢٠٦٩٨ – ولأن الموكل يعقد الوكالة لنفسه .

---

(١) أي : أن قياس الحرة على الأمة في عدم توليها عقد النكاح بنفسها بجامع أن كلا منهما فراش للرجل قياس مع الفارق ، لأن الأمة لا يقف تمام العقد على رضاها فلم تملك العقد ، بخلاف الحرة لما وقف تمام العقد على رضاها كانت مالكة له . انظر : المبسوط (١٩/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن الولي يملك فسخ عقد النكاح عند عدم الكفاءة ، فكان له ولاية في انعقاده قياسا على الموكل مع وكيله لما ملك الموكل فسخ عقد الوكالة كان له ولاية فيه . والوكالة لغة : التفويض ، وشرعا : تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته ، وهي مندوب إليها ، وأركانها : موكل ، والمراد به صاحب الحق والمالك الأصلي ، ووكيل : وهو من وكله المالك الأصلي في التصرف ، وموكل فيه وصيغة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٤٦/٣-٤٩ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٠٦٩٩ – وعند مخالفنا تصرف الإنسان لنفسه [١] .

٢٠٧٠٠ – لا يقال : إنه/ تصرف بولاية وإنما الولاية عندهم ما كان في حق الغير ٢٣٣/أ فكيف يقال على أصلهم : إن للموكل ولاية في عقد الوكالة ، [٢] .

٢٠٧٠١ – قالوا : النكاح من اثنين كنكاح المجنونة والأمة [٣] .

٢٠٧٠٢ – قلنا : هذه علة تخالف موضوع الشريعة ؛ لأن العقود كلها لا يختلف فيها [٤] الأنثى والذكر بل يصح العقد بكل واحد منهما ، والتعليل إذا أثبت حكمًا يخالف الأصول لم يعتد به .

٢٠٧٠٣ – ولأن نكاح الأمة والمجنونة يستوي فيه الذكر والأنثى فلا تأثير لكونها أنثى كذلك الحرة العاقلة تساوي الذكر في انعقاد العقد وجوازه [٥] .

٢٠٧٠٤ – قالوا : نقيس على بنت خمس عشرة سنة [٦] .

٢٠٧٠٥ – قلنا : المعنى فيها أنه يختلف في وجوب العبادات عليها .

٢٠٧٠٦ – قالوا : عقد فاعتبر فيه عاقدان سوى المعقود عليه ، كالبيع والإجارة [٧] .

٢٠٧٠٧ – قلنا : كذلك نقول ؛ لأن المعقود عليه الاستباحة وهي غيرها ، كما

---

(١) في (ن) ، (ع) : [على نفسه] .

(٢) أي : أن الولي يملك الاعتراض على عقد النكاح إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء ، وهذا الاعتراض لا يدل على ثبوت ولايته في العقد ، قياسا على اعتراض الشفيع على تصرف المشتري ولا ولاية له في عقد الشفعة ، وكاعتراض الورثة على تبرع المريض في مرض الموت بالمحاباة ، ولا ولاية لهم في عقوده ، والوكيل يعقد الوكالة لنفسه فتصرفه هذا لا يقال إنه تصرف بولاية عند الشافعية ، وإنما الولاية عندهم ما كان في حق الغير . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٣) أي : أن النكاح عقد بين اثنين الزوج والزوجة فيشترط فيه الولي ، قياسا على نكاح المجنونة والأمة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٨/٣) .

(٤) ليست بالنسخ وأثبتناها كي يستقيم المعنى .

(٥) نعم العقود كلها لا يختلف فيها الذكر والأنثى ، فيصح العقد بكل واحد منهما ، ولكنا نقول : إن عقد النكاح خرج من هذا الأصل بالأحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ والتي تدل على أنه لا نكاح إلا بولي .

(٦) أي : أن الحرة البالغة العاقلة لا يصح أن تباشر عقد نكاحها بنفسها قياسا على الصغيرة . انظر : الأم (١٧/٥) .

(٧) أي : أن قياس الحرة البالغة العاقلة على الصغيرة في عدم مباشرتها عقد النكاح بنفسها قياس غير صحيح لاختلافهما في وجوب العبادات عليهما .

أنها[١] إذا أجرت نفسها فالمعقود عليه المنافع وهي غيرها .

٢٠٧٠٨ – ويبطل بشراء العبد لنفسه[٢] من مولاه ولأجنبي آخر وكل العبد ليشتري له نفسه من مولاه[٣] .

٢٠٧٠٩ – قالوا : ما كان شرطًا في نكاح الصغيرة كان شرطًا في نكاح الكبيرة كالشهادة[٤] .

٢٠٧١٠ – قلنا : الولاية شرط في بيع[٥] مال الصغيرة وليست بشرط في بيع مال الكبيرة كذلك انعقاد النكاح مثله ، ويبطل ذلك بالبكارة على أصلهم[٦] .

٢٠٧١١ – قالوا : زوائد العقد شرط فيه كالشهادة[٧] .

٢٠٧١٢ – قلنا : لا نسلم أن الولاية من زوائد عقد النكاح ؛ لأنها تعتبر عندنا في النكاح في المولى عليها كما تعتبر في العقد على مالها[٨] فإن كانت ممن لا يولى عليها لم تعتبر الولاية في نكاحها ولا في مالها ، والمعنى في الشهادة أنها لما اعتبرت في إحدى شطري النكاح اعتبرت في الآخر ولما لم تعتبر الولاية في جنبة الزوج إذا كان حرا عاقلا بالغا كذلك لا تعتبر في المرأة الموصوفة بهذه الصفة[٩] .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن المعقود عليه في عقد النكاح هو الاستباحة ، والمرأة غيرها ، والمعقود عليه في عقد الإجارة هي المنافع ، وينتقض قول الشافعية : عقد فاعتبر فيه عاقدان سوى المعقود عليه بشراء العبد نفسه من مولاه ، وبما إذا وكل شخص العبد ليشتري له نفسه من مولاه ، فلم يوجد إلا عاقد ومعقود عليه فقط .

(٤) أي : أن الولي شرط في نكاح الصغيرة فيكون شرطًا في نكاح الكبيرة قياسا على الشهادة . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) أي : أن قياس الشافعية ثبوت الولاية على البكر البالغة العاقلة في النكاح قياسا على ثبوتها على الصغيرة قياس غير صحيح ، لأنه ينتقض بثبوت الولاية على الصغيرة فيما لا يثبت على الكبيرة ، كما في البيع الكبيرة فكذلك النكاح . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢١/٣) .

(٧) أي : أن الولي في النكاح يعتبر من زوائد هذا العقد ، فيكون شرطًا فيه ، قياسا على الشهادة . انظر : المهذب (٤٥/٢) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [ما له] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب .

(٩) أي : أن قول الشافعية : الولاية من زوائد عقد النكاح غير مسلم به ، لأن الولاية لا تعتبر إلا على الصغيرة والمجنونة والأمة قياسا على اعتبار الولاية في مال كل ، أما البكر البالغة العاقلة فبما أن الولاية لا تعتبر عليها في مالها ، فكذلك لا تعتبر في نكاحها ، المعنى في الشهادة أنها لما اعتبرت في حق الزوج اعتبرت كذلك في حق الزوجة ، أما البكر الحرة البالغة العاقلة فلا تثبت الولاية عليها قياسا على عدم ثبوتها على الرجل الموصوف بهذه =

٢٠٧١٣ - قالوا : المرأة تميل إلى النكاح وتحتاج إلى الأزواج ولا تتمكن من طلب الأصلح ولا تقف على مقاصد هذا العقد ، فجعل إلى الأولياء كما جعل العقد على الصغيرة إلى الولي (١) .

٢٠٧١٤ - قلنا : النساء لا يعرفن الحظ في الأموال وكيفية (٢) التجارات [ثم جاز](٣) لهن العقد على أموالهن ، كذلك النكاح .

٢٠٧١٥ - ولأن ثبوت الولاية إن كانت ليستدرك بها حظها فهي مالكة لنفسها وقد رضيت بإسقاط هذا الحظ ، وإن كان الاستدراك حق الولي فله طريق إلى استدراك حقه بأن يفسخ عقدها إذا ألحقت به ضررًا فلم يجز أن يبطل عقدها (٤) كذلك (٥) .

٢٠٧١٦ - قالوا (٦) : حق الولي إنما يثبت للشين الذي يلحقه بترك الكفاءة ، فلو جوزنا عقدها وجعلنا له الفسخ ارتفع الشين في المستقبل ولم يمكن استدراك الشين الحاصل بالعقد فلذلك لم ينعقد عقدها .

٢٠٧١٧ - قالوا : ولهذا نقول في أحد القولين : إذا زوجها أحد الأولياء غير كفء لم ينعقد نكاحه (٧) .

= الصفات . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) ، والمبسوط (١٠/٥) .

(١) أي : أن المرأة البالغة بطبيعتها تحتاج إلى النكاح ، ولا تعرف من يصلح لها من الرجال ، لأنها غالبا تفكر بعاطفتها ولا تفكر بعقلها فجعل عقد النكاح إلى الأولياء حرصا على مصلحتها ، قياسا على نكاح الصغيرة . انظر : الأم (١٢/٥) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم يجز] ، ولا وجه له .

(٤) في (ن) ، (ع) : [حقهما] .

(٥) أي : أن قول الشافعية : المرأة لا تتمكن من طلب الأصلح في النكاح قول مسلّم به ، لأن المرأة لا خبرة لها بالتجارات وكيفية التصرف في الأموال ومع ذلك جاز عقدها في مالها ، فلا تثبت ولاية الولي عليها إلا إذا لحقت به ضررًا ، كأن زوجت نفسها من غير كفء . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) . والاختيار (٢١/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن الولاية في النكاح تثبت ابتداء على الحرة البالغة العاقلة دفعا للعار الذي يحصل بتزويجها نفسها إذا كان الزوج غير كفء ، وإذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم ينعقد نكاحه في أحد القولين ، والقول الثاني : إن عقده صحيح ولكن يثبت فيه الخيار ، يقول الإمام الشيرازي : « فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال في الأم : النكاح باطل ، وقال في الإملاء : كان للباقين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان أحدهما أنه باطل ، لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل ، والثاني : أنه صحيح ويثبت فيه الخيار » . ا هـ . انظر : المهذب (٥٠/٢) .

٢٠٧١٨ - قلنا : إن كان يمنع تصرفها لهذا المعنى فيجب إذا عقدت [١] بإذنه أنه يجوز عقدها لزوال المعنى الذي ذكروه .

٢٠٧١٩ - ولأنا لو أبطلنا عقدها هذا لأن الشين يلحقهم به ، ألا يصح [٢] اختيارها الأزواج ومطالبة الولي بالعقد لأنها تختار [٣] من ليس بكفء ، وهذا مما يلحق الشين به في العادة ؟

٢٠٧٢٠ - وعلى أن الأصول موضوعة على أن العقد إذا كان حقًّا للإنسان وفيه ضرر على غيره ثبت لذلك الغير حق الفسخ ولم يمنع حقه من الانعقاد ، بدلالة : الشفيع ، والورثة إذا عقد المريض [٤] عقد محاباة ، وأحد الشريكين في العبد إذا كاتب نصيبه منه [٥] .

* * *

(١) في (م) : [عقد] ، ولا وجه له .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يفسخ] .
(٣) في (ن) : [تحتاج] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [المرتهن] ، ولا وجه له .
(٥) انظر المبسوط (١٢/٥) .

مسألة ١٠٢٨

حكم عقد الفضولي

٢٠٧٢١ - قال أصحابنا : إذا عقد النكاح لغيره من لا يملك العقد ، وقف على إجازة المالك ، إن أجازه جاز وإن أبطله بطل (١) .

٢٠٧٢٢ - وقال الشافعي : لا ينعقد ولا تلحقه إجازة (٢) .

٢٠٧٢٣ - لنا : ما روى الزهري ، عن عروة بن الزبير ، عن أم حبيبة (٣) ، أن النجاشي (٤) زوّجها من رسول الله ﷺ على صداق أربعة الآف درهم وكتب بذلك إلى النبي ﷺ (٥) ، فقيل : ذكره شيخنا أبو بكر الرازي (٦) من طريق أبي داود (٧) .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، وحاشية ابن عابدين (٩٥/٣) ، وشرح فتح القدير على الهداية (٣٠٧/٣) ، والبحر الرائق (١٣٧/٣) ، واللباب (٦٧٦/٢) ، يقول ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير « إن كل عقد صدر من فضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة » انتهى كلامه .

(٢) انظر الأم (١٣/٥) ، والمهذب (٤٥/٢) ، والمجموع (١٥٤/١٦) ، ومغني المحتاج (١٤٧/٣) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٧/٤) . وأما المالكية : فلهم روايتان : أشهرهما : أنه لا ينعقد ولا تلحقه إجازة ، والثانية : ينعقد موقوفا إذا علمت بقرب ذلك من غير تراخ شديد . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٢/٢) . وللحنابلة روايتان : أصحهما ، أنه باطل ولا ينعقد ، والثانية : ينعقد ويقف على إجازة الولي كما هو مذهب الأحناف ، يقول ابن قدامة : « أو زوج أجنبي لم يصح ، وعنه يصح ويقف على إجازة الولي » اهـ . انظر : المقنع (٢٣/٣) .

(٣) أم حبيبة هي أم المؤمنين رملة بنت أبي سفيان زوج رسول الله ﷺ تزوجها سنة ٧هـ وماتت سنة ٤٤هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٠٥/٤) ، وأسد الغابة (٣١٥/٧) .

(٤) النجاشي اسمه أصحمة ملك الحبشة ، أسلم ولم يهاجر ، توفي في حياة رسول الله ﷺ فصلى عليه بالناس صلاة الغائب . انظر سير أعلام النبلاء (٤٤٨/١) .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب الصداق (٢٣٥/٢) حديث رقم ١٠٧ ، ١٠٨ - والنسائي ، كتاب النكاح ، باب القسط في الأصدقة (١١٩/٦) - والدارقطني ، كتاب النكاح ، حديث رقم ١٩ باب المهر (٢٤٢/٣) - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصداق . باب لا وقت في الصداق كثر أو قل (٢٣٢/٧) - والحاكم في المستدرك (١٨١/٢) .

(٦) أبو بكر الرازي : هو أحمد بن علي المعروف بالجصاص ، له جملة من الكتب في أحكام القرآن والفقه والأصول مات سنة ٣٧٠هـ انظر : الفوائد البهية ص٢٧ .

(٧) هو : سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو الأزدي ، أبو داود السجستاني الإمام العلم ، صاحب =

٢٠٧٢٤ - قالوا : قال الشافعي : قبل النكاح عن النبي ﷺ عمرو بن أمية الضمري [١] وكان وكيل النبي ﷺ وجهه إلى الحبشة في نكاحها [٢] .

٢٠٧٢٥ - قلنا : لو كان كذلك لم يحتج النبي ﷺ إلى القبول [٣] ، ولكان العقد لا يضاف إلى النجاشي ، [لأنه قد قيل إن العاقد عليها كان خالد بن سعيد بن

= كتاب السنن ، والمراسيل ، والناسخ والمنسوخ ، والقدر ولد سنة ٢٠٢هـ ، وروى عن : أحمد ، وابن المديني ، وغيرهما ، وروى عنه : الترمذي ، وأبو عوانة ، والنجار ، وغيرهم ، ومات سنة ٢٧٥هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٢٦١-٢٦٢ - البداية والنهاية (٥٤/١١) - العبر (٥٤/٢) . والدرهم في اللغة : هو لفظ فارسي معرب ، وقيل إنه مشتق من كلمة دراخمة اليونانية . . . ، وجمع درهم دراهم ، وقيل درهام ، وفي الاصطلاح : هو وحدة وزن كان العرب يتعاملون بأنواع منه مختلفة في الوزن متفقة في الاسم وهي : الطبرية ، والبغلية ، الجوارقية ، ودرهم الجواز وهو الذي يتعامل به أهل مكة ، وهذا هو الدرهم الشرعي الذي أقره رسول الله ﷺ ويقدر هذا الدرهم بالوزن المعاصر ٩٧ و٢ تقريبا ويقدر الدرهم المصري بوزن ١٢ و٣ ، ويكون وزن الدرهم الشرعي على هذا ٩٠ و٢ . انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك (٢٠٣/١) زكاة النقدين ، كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٦٣٠ ، ٦٣١ .

(١) هو : عمرو بن أمية الضمري ، صحابي جليل ، أسلم بعد أحد ، وكان وكيل النبي ﷺ إلى النجاشي بالحبشة في تزويج أم حبيبة ، وأن يأتي بمن تبقى من المسلمين بها ، توفي في خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥٢٤/٢) ، البداية والنهاية (٥٠/٨) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب الوكالة (١٣٩/٧) .

(٣) القبول عند الجمهور هو : ما صدر من المتملك سواء أولا أو ثانيا ، والإيجاب عندهم : هو ما صدر من المالك سواء صدر أولا أو ثانيا . والقبول ، عند الأحناف ، هو : ما صدر ثانيا دالا على الرضا بما تضمنه الإيجاب سواء صدر من البائع أو المشتري ، والإيجاب عندهم هو : ما صدر أولا من كلام أحد العاقدين أو من يقوم مقامه ، ولقد اختلف الفقهاء في عدة أركان عقد النكاح على النحو التالي : أولًا : عند الأحناف ركن العقد هو (الإيجاب والقبول) فقط ، لأن العقد يوجد بهما . وذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد النكاح خمسة : الولي ، والصداق ، والزوج ، والزوجة ، والصيغة . ويرى البعض الآخر منهم : أنها ثلاثة ، المحل ويراد به الزوج والزوجة ، والصيغة ، والولي ، وذهب بعض الشافعية : إلى أن أركان عقد النكاح خمسة ، الولي ، والزوج ، والزوجة ، والشاهدان ، والصيغة . وعدها حجة الإسلام الإمام الغزالي في كتابه الوجيز أربعة فقط ، وهي : المحل ويقصد به الزوج والزوجة ، والولي ، والشاهدان ، والصيغة . وذهب بعض الحنابلة إلى أن أركان عقد النكاح ثلاثة : الزوجة ، الزوج ، والصيغة ، واختار البعض الآخر منهم أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول فقط ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٧٤/٥) - وبدائع الصنائع (٢٢٩/٢) - والمغني والشرح الكبير (٣/٤) ، حاشية البناني على شرح الزرقاني (٦٨/٩) ، الشرح الصغير (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج (١٦١/٥) ، الوجيز لحجة الإسلام الغزالي (٣/٢) ، كشاف القناع (٣٧/٥) ، شرح منتهى الإرادات (١٥٦/٢) .

العاص][1] ، فقوله « زوجها النجاشي » أضاف العقد إليه ؛ لأنه ناب عن النبي ﷺ في القبول وإلا لم تكن الإضافة حقيقية وليس يمنع أن يكون النبي ﷺ أنفذ عمرو بن أمية الضمري فعقد قبل قوله .

٢٠٧٢٦ - ويدل عليه : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ وقالت : إن أبي ونعم الأب هو زوجني ابن أخيه ليرفع من خسيسته[2] بي ، قالت عائشة فجعل الأمر إليها ، قالت : إني أجزت ما صنع أبي ، ولكني أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء[3] .

٢٠٧٢٧ - وهذا يدل على وقوف العقد على الإجازة[4] ؛ لأن عند مخالفنا نفذ العقد عليها ولم يقف وإن كانت ثيبًا لم ينعقد ولم تلحقه إجازة .

٢٠٧٢٨ - فإن قيل : النكاح الموقوف إذا خاصمت فيه بطل ولم تلحقه إجازة .

٢٠٧٢٩ - قلنا : لم ترد العقد ، وإنما استعلمت حكمه من رسول الله ﷺ .

٢٠٧٣٠ - فإن قيل : كان زوجها غير كفء فوقف العقد على فسخها ، والخلاف في الموقوف على الإجازة ، والدليل على ذلك : يرفع[5] خسيسته بي[6] .

٢٠٧٣١ - قلنا : أخبرت أنه ابن أخيه . قال : كفاءة النسب حاصلة وعدم الكفاءة في الدين والمال لا يرتفع بها فلما قالت : « ليرفع خسيسته بي » دل على أنه معنى يزول بتزويجها وما ذلك إلا المحمول وهو غير معتبر في الكفاءة فعلم أن الإجازة كانت لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
وخالد : هو خالد بن سعيد بن عمرو بن سعيد بن العاص . عبد شمس بن مناف القرشي ، الأموي ، روى عن : أبيه وسهل بن يوسف ، وروى عنه : ابن المبارك ، وإبراهيم بن موسى الرازي ، وغيرهما ، وذكره البخاري في الثقات وروى له حديثا واحدا . انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، باب من اسمه خالد ، والكاشف للذهبي (٢٦٩/١) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [حسبه] ، وما أثبتناه هو الموافق لكتب الحديث .

(٣) اللفظ هنا للدارقطني ، والحديث سبق تخريجه .

(٤) ليس في الحديث ما يدل على وقوف العقد على الإجازة بل إن صح الحديث في البكر ، فهو محمول على أنها زوجت من غير كفء ، قاله البيهقي وقال الحافظ ابن حجر : « هذا هو الجواب المعتمد ، فإنها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما » انتهى كلامه . راجع فتح الباري (١٩٦/٩) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٦) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح البكر (١١٨/٧) .

العقد لم ينفذ .

٢٠٧٣٢ - ولأن الحكم لو تعلق لعدم الكفاءة لم يقبل قولها فيه حتى تقيم البينة عليه .

٢٠٧٣٣ - ولأنه روي في الخبر أنه قال لها : « أجيزي » فقالت : « قد أجزت » فلو كان كما قالوا لقال : لها لا تفسخي ما صنع أبوك (١) .

٢٠٧٣٤ - فإن قيل : يجوز ألا يساويها في النسب (٢) ويكون ابن أخيه من أمة .

٢٠٧٣٥ - قلنا : هذه كانت أنصارية لأنها خنساء بنت خدام (٣) وهم كانوا لا يزوجون الموالي ، فابن أخيه لو كان من أمة لكان من العرب وليس لبعض العرب بعد قريش فضل يقف (٤) على انضمام الشطر الآخر إليه ، وهو أضعف من جميعه فلأن يقف جميع العقد على معنى من جهة المالك ليتم به أولى (٥) .

٢٠٧٣٦ - ولا يمكن القول بموجبه في نكاح المرتد (٦) ؛ لأن عندهم إن أسلم بان أن عقوده صحيحة وإن لم يسلم بان أنها باطلة ، فأما أن يقف فلا .

٢٠٧٣٧ - ولا يقال بموجبه في تبرع المريض (٧) لأنه لا يقف على معنى من جهة المالك .

٢٠٧٣٨ - فإن قيل : شرط العقد ألا يقف على ما بعد المجلس (٨) .

---

(١) الخبر رواية للدارقطني ، كتاب النكاح (٢٣٢/٣) حديث رقم ٤٦ - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح البكر (١١٨/٧) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [التسمية] ، ولا وجه له .

(٣) هي : خنساء بنت خدام الأنصارية ، كانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته ، فشكت ذلك لرسول الله ﷺ فرد نكاحها وزوجها أبا لبابة بن المنذر . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٨٦/٤) ، فتح الباري (١٩٥/٩) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٥) فيما قاله الإمام القدوري نظر ، لأن خبر عائشة كانت الفتاة بكرًا وخبر الخنساء مجمع على صحته بأنها كانت ثيبًا وروى ذلك الإمام البخاري ، كما أن الإمام النسائي فصل بين الخبرين فذكر خبر عائشة تحت باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة وخبر خنساء تحت باب الثيب يزوجها أبوها وهي كارهة .

(٦) الردة بالكسر اسم منه : أي الارتداد والمرتد هو من رجع عن دين الإسلام إلى دين الكفر ، والعياذ بالله . انظر : المصباح المنير مادة « ردد » .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الرهن] ولا وجه له .

(٨) المراد بالمجلس ، أي مجلس العقد عامة سواء كان عقد نكاح أم غيره ، فشرط العقد ألا يقف على ما بعد مجلس العقد أي بعد تمام الإيجاب والقبول من العاقدين فإذا تحقق كل منهما أصبح العقد نافذا .

٢٠٧٣٩ – قلنا : لا يقف لضعفه ، وجملة العقد أقوى فوقف على ما بعد المجلس .

٢٠٧٤٠ – فإن قيل : الإيجاب ليس بواقف ، بل هو صحيح حصل من جهة المالك له فتم .

٢٠٧٤١ – قلنا : وكذلك العقد الموقوف [١] صحيح عندنا حصل من جهة المالك له فتم ؛ لأن كل واحد يملك أن يعقد لغيره [٢] وعقده صحيح لكن الاستحقاق لا يتعلق به فهو كالإيجاب الذي قد صح ممن يملكه ولم يتعلق به استحقاق معنى ينضم إليه القبول [٣] .

٢٠٧٤٢ – قالوا : شطر العقد يقف للضرورة [٤] ؛ لأنه لا يمكن إيجاب العقود دفعة [٥] .

٢٠٧٤٣ – قلنا : ليس يمتنع أن يثبت النهي في العقد للضرورة ويثبت من غير ضرورة كالخيار [٦] الذي ثبت للضرورة فيمن يخالف العين لم يثبت في حق العالم بقيمة المعقود عليه .

٢٠٧٤٤ – ولأنه عقد لو عقده برضا المرأة صح ، فإذا عقده بغير رضاها انعقد كالأب يزوج البكر البالغ [٧] .

٢٠٧٤٥ – فإن قيل : المعنى فيها أن عقده لم يتم عليها [٨] .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن العقد الموقوف على إجازة المالك كعقد الفضولي صحيح عندنا ، لأن المالك الأصلي والفضولي كل منهما يملك العقد لغيره ، وعقده صحيح ، لكن ليس بشرط أن يتعلق الاستحقاق به ، فأشبه الإيجاب الذي قد صح ممن يملكه ، ولم يتوقف هذا الإيجاب على انضمام القبول إليه . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٣٧/٣) .

(٤) الضر : ضد النفع وبابه رد ، والاسم (الضرر) ، وضرورة أي ذو حاجة ، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه . والضرورة : مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا دفع له . انظر : المصباح المنير مادة « ضرر » – والتعريفات للجرجاني ص ١٢٠ .

(٥) أي : أن شطر العقد وهو الإيجاب يقف على القبول للضرورة ، لأنه لا يمكن إتمام العقود إيجابا وقبولا دفعة واحدة . انظر : المجموع (٢١٠/١٦) .

(٦) الخيار لغة : اسم مصدر من الاختيار ، ومنه اختار الشيء على غيره أي فضّله عليه ، وفي اصطلاح الفقهاء: هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه وينقسم الخيار إلى خيار الشرط : وهو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل ، يؤده ويؤده بخيار وخيار الرؤية : وهو أن يشترط ما لم يؤده ويؤده بخيار ، وخيار التعيين : وهو أن يشتري أحد الثوبين بعشرة على أن يعين أيهما شاء ، وخيار العيب : وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب . انظر : القاموس المحيط مادة (خير) – والتعريفات للجرجاني ص ٩١ .

(٧) انظر : المبسوط (١٦/٥) .

(٨) المعنى أن من تولى عقد نكاحها الفضولي لم يتم عقده عليها ، لوقوفه على إجازة الولي . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) .

٢٠٧٤٦ - قلنا : لم نسلِّم ذلك ، ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على إجازة مجيزه .

٢٠٧٤٧ - أصله : الوصية [١] بجميع المال [٢] .

٢٠٧٤٨ - فإن قيل : الوصية في حال وقوعها لا مجيز لها ؛ لأن الورثة لا تملك الإجازة عند الوصية [٣] .

٢٠٧٤٩ - قلنا : [حال الوصية] [٤] حال الانعقاد ووقوع الوصية بعد الموت .

٢٠٧٥٠ - والدليل على هذا : أن قبول الوصية لا يصح إلا بعد الموت وفرق بين الانعقاد والوقوع ، ألا ترى أن من قال لامرأته : إذا دخلت الدار فأنت طالق فقد انعقد اليمين في الحال ، والوقوع يقف [٥] على وجود الشرط ، وإذا كانت الوصية تقع بعد الموت فإنما يجيز في تلك الحال [٦] .

٢٠٧٥١ - فإن قيل : عندنا أن الورثة يبتدئون [٧] التمليك .

٢٠٧٥٢ - قلنا : الدليل على صحة هذا الأصل [٨] قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة [٩] » .

٢٠٧٥٣ - وإن شئت قلت : عقد لم ينفذ بمعنى فجاز أن يقف على [من وقف] [١٠] العقد من أجله ، أصله : إذا أوصى بثلث ماله وعليه دين فأبرأ الغرماء [١١]

---

(١) سبق بيان حقيقة الوصية وأركانها ودليل مشروعيتها ص ٥٤ .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٣٨/٣) .

(٣) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٠/٦) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [وقف] .

(٦) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٥/٤) .

(٧) في (م) : [يبتدون] .

(٨) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [العقد] ولا وجه له .

(٩) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في تضمين العارية حديث رقم ٣٥٦٥ - والترمذي ، كتاب الوصايا . باب ما جاء لا وصية لوارث حديث رقم ٢١٢٢ - والنسائي ، كتاب الوصايا ، باب إبطال الوصية للوارث (٢٤٦/٦) ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) الغرماء : جمع (غارم) من الغرم وهو الدين ، والغريم الذي عليه الدين يقال : خذ من غريم السوء ما سنح ، وقد يكون الغريم أيضًا الذي له الدين قال كثير عزة : =

الميت من دينهم .

٢٠٧٥٤ - [فإن قيل] [١] : يبطل بالشراء .

٢٠٧٥٥ - قلنا : يجب أن يقف عندنا إذا اشترى المحجور [٢] شيئا وقف على الإجازة .

٢٠٧٥٦ - فإن قيل : إن كان معنى قولكم : إنه عقد له مجيزًا . أنها لو أذنت فيه صح بطلت العلة بنكاح المرتدة ؛ لأن له مجيزا وهو أن تسلم ثم يعقد ومع ذلك لا يقف عقدها .

٢٠٧٥٧ - قلنا : الإجازة عبارة عن إمضاء العقد ، وهي تملك هذا العقد عند وقوعه بأن تأذن فيه ، والإسلام ليس برضًا ولا إجازة ، إنما المعقود عليه في المرتدة لا يجوز أن يملك [٣] .

٢٠٧٥٨ - فإن قيل : الوصية تصح بالمجهول [٤] وتتعلق بالحظر [٥] ، والبيع بخلافهما [٦] .

٢٠٧٥٩ - قلنا : انتقضت علة الأصل بالطلاق [٧] والعتاق [٨] ؛ لأنهما لا يقفان على الإجازة عندهم مع وجود العلة ، وعلة الفرع تنتقض بإيجاب البيع / ؛ لأن ٢٣٣/ب الإيجاب والقبول كل واحد منهما يقف على الآخر على معنى ينضم إليهما ، كشهادة الشاهدين، لما وقفت شهادة كل واحد منهما على شهادة الآخر ما جاز أن تقف شهادتهما على حكم الحاكم .

٢٠٧٦٠ - ولأنه عقد فيه عوض فجاز أن ينعقد غير منبرم [٩] من غير نقض ، أصله :

= قَضَى كُلُّ ذِي دَيْنٍ فَوَفَّى غريمه وعَـزَّةُ مَمْطُـولٌ مُعَنًّـى غَـرِيمُـهـا

انظر : المصباح المنير مادة « غرم » ص ١٩٨ . (١) ساقطة من (ع) ، (ن) .

(٢) الحجر لغة : مطلق المنع ، واصطلاحا : منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي لصغر ، ورق ، وجنون . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٧٢ .

(٣) لاختلاف الدين - راجع حاشية ابن عابدين ١٦٧/٣ .

(٤) المجهول : الجهل ضد العلم ، فالمجهول هو : الشيء الذي لا يعلم .

(٥) والحظر : الحجر والمنع ، وهو ضد الإباحة ، وحظره فهو محظور أي « محرم » .
انظر : مختار الصحاح مادتي « جهل » و « حظر » .

(٦) انظر : نهاية المحتاج (٥١/٦) . (٧) سبق إيضاح معناه ص١٤ .

(٨) العتق لغة : القوة ، يقال : عتقت الخمر بمعنى قويت واشتدت ، وشرعا : هو زوال الرق عن المملوك .
راجع الاختيار (١٧/٤) .

(٩) منبرم : أي محكم ، يقال : أبرم الشيء أحكمه . انظر : لسان العرب ، والمصباح المنير مادة « برم » .

البيع .

٢٠٧٦١ - ولا يمكن القول بموجبه إذا زوجها غير كفء وكان بأحدهما عيب (١) ؛ لأنا قلنا : من غير نقض (٢) .

٢٠٧٦٢ - احتجوا : بحديث جابر (٣) أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » (٤) .

٢٠٧٦٣ - قلنا : رواه عبد الله بن محمد بن عقيل (٥) عن جابر ، وهو ضعيف أدركه مالك فلم يرو عنه ، وضعفه سفيان بن عيينة (٦) ، وقيل : إنه اختلط عليه ما سمعه فصار لا يضبط .

٢٠٧٦٤ - ولأن العاهر الزاني لا يجوز أن يوصف بذلك العقد ، وإنما يوصف به متى وطئ ومتى تزوج ووطئ من غير إذن المولى فحكم وطئه حكم الزنا في التحريم ، ومفهوم هذا أنه إذا وطئ بعد إجازتهم وإنفاذهم العقد لا يكون عاهرا .

٢٠٧٦٥ - احتجوا : بقوله ﷺ : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » (٧) . ولم يفرقوا بين إجازة الولي ، وعدم إجازته .

٢٠٧٦٦ - قلنا : قد تكلمنا على إسناد هذا الحديث بما يمنع الاحتجاج به والرجوع إليه .

---

(١) كأن كان الرجل مجبوبًا أو عنينًا أو مجذوما أو أبرص ، أو كانت المرأة بها جنون أو جذام أو برص أو رتق أو قرن .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٣٧/٣ - ١٣٩) .

(٣) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام بن ثعلبة الأنصاري المدني ، صحابي جليل ، روى عنه عطاء بن أبي رباح ومحمد بن المنكدر وجماعة ، شهد المشاهد كلها إلا بدرا وأحدًا ، ومات بالمدينة سنة ٧٢هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٣/١) .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده (٥٦٣/٢) حديث رقم ٢٠٧٨- والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده حديث رقم ١١١٧ (٢/ ٢٨٩) - وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده (٦٣٠/١) حديث رقم ١٩٥٩ .

(٥) هو : عبد الله بن محمد بن عقيل ، أبو محمد ضعفه ابن معين ، وقال الترمذي : صدوق لكن تكلم فيه بعضهم من قبل حفظه . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٢٧/٢) - والضعفاء لابن حبان (٣/٢) .

(٦) هو : سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي الكوفي أحد أئمة الإسلام ، أثنى عليه الكثير ، مات بمكة سنة ٢٩٨هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٣ - ومشاهير علماء الأمصار ص ١٤٩ .

(٧) سبق تخريجه .

٢٠٧٦٧ - ولأنه أبطل العقد لاستبدادها به وترك الرجوع [١] إلى إذنه ، فمفهومه أنه إذا رضي به وأذن فيه بعد انعقاده صح لزوال المعنى الموجب لبطلانه .

٢٠٧٦٨ - قالوا : معنى : جعل شرطًا في استباحة المرأة بعقد النكاح ، فإذا تأخر عنه وجب أن يكون باطلا ، أصله : الشهادة [٢] .

٢٠٧٦٩ - قلنا : يبطل إذا تزوج الحربي أختين أو خمس نسوة ، فإن تعيين الأربعة شرط في استباحة المرأة لعقد النكاح ويتأخر ذلك عن العقد عندهم ولا يمنع صحة العقد ، فلم يجز أن يتأخر عن الشطرين [٣] ، ولما جاز أن يتأخر الرضا في إحدى شطري العقد جاز أن يتأخر عن الشطرين .

٢٠٧٧٠ - ولأن الشهادة شرط في العقد ليفارق الزنا [٤] الذي يقع سرًا فإذا أخرت لم يوجد مقصودها ، والرضا اعتبر حتى لا يستحق عليها البضع بغير اختيارها فإذا تأخر الرضا عن العقد فقد يحصل المقصود به ولأن الشهادة إذا تأخرت فليست شهادة على العقد وإنما هي شهادة على الإقرار [٥] به ، ومتى تأخر الرضا عن العقد فالرضا يحصل بالعقد كما يحصل لو قارنه الرضا .

٢٠٧٧١ - ولأن الشهادة لا يجوز أن تتقدم [عن العقد] [٦] ، فلم يجز أن تتأخر عنه فيما يصح العقد عليه .

٢٠٧٧٢ - فإن قيل : الرضا الذي يتم به العقد لا يتقدم عليه ، وإنما استصحب الرضا ما لم ينفرد عن العقد فيوجد مع العقد فيصح بذلك لا بما تقدم .

٢٠٧٧٣ - قلنا : إذا أذن في العقد فلم يخطر بباله العقد حتى [٧] عقد فلم يقارن العقد الرضا وإنما قارنه حكم الرضا ، كذلك إذا تأخر عنه فلم يقارنه ، ولكن أسند حكمه إلى حال العقد عندنا .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن جعل شرطًا في استباحة بضع المرأة بعقد النكاح فإذا عدم الولي في النكاح كان العقد باطلا ، قياسا على فقدان شرط الشهادة . انظر : الأم (١٢/٥) ، والمهذب (٤٥/٢) .

(٣) الشطران : هما الإيجاب والقبول .

(٤) الزنا بالقصر لغة أهل الحجاز ، والمد عند بني تميم ، وشرعا : وطء من يصح وطؤه في قبل امرأة حية محرمة عليه في غير ملك ولاشبهة . انظر : الاختيار (٢٦١/٣) ، الروض المربع (٣٠٩/٣) .

(٥) سبق إيضاح معناه وأركانه ص ٢٥ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) .

٢٠٧٧٤ - قالوا : نكاح لا تتعقبه استباحة ، فوجب أن يكون باطلا ، أصله : نكاح المرتدة والمعتدة والخامسة ونكاح المتعة [١] .

٢٠٧٧٥ - قلنا : يبطل بمن تزوج بصغيرة فالعقد لا تتعقبه استباحة وهو صحيح ؛ لأن الاستباحة توجد في الثاني [٢] .

٢٠٧٧٦ - فإن قيل : لو كان لا يستبيح وطء الصغيرة يستباح [٣] لمسها والنظر إليها .

٢٠٧٧٧ - قلنا : بنت يوم لا يستبيح لمسها والنظر إليها بالعقد ؛ لأن الأجنبي يجوز له من ذلك ما يجوز للزوج .

٢٠٧٧٨ - ولأن الاستباحة حكم العقد ، وقد يتأخر عن العقد أحكامه ولا يدل ذلك على امتناع انعقاده ، ألا ترى أن البيع المشروط فيه الخيار للبائع لا يتعقبه شيء من أحكام البيع ، وهو بيع منعقد [٤] .

٢٠٧٧٩ - فإن قالوا : هناك تثبت الأحكام بمضي المدة فالعقد وقف على الفسخ ، وفي مسألتنا وقف على الإجازة [٥] .

٢٠٧٨٠ - قلنا [٦] : يبطل الاحتجاج بتأخر الاستباحة وتعلق الحكم بمعنى آخر وتبطل العلة [٧] بالكافر إذا تزوج خمسًا فإن الاستباحة لا تتعقب هذا العقد وتتأخر عنه ،

(١) أي : إن تولى الفضولي عقد النكاح يجعل العقد موقوفا لا تتعقبه استباحة ، فوجب أن يبطل العقد بعدم ترتب آثاره عليه ، قياسا على عقد النكاح على المرتدة أو المعتدة أو نكاح الخامسة أو نكاح المتعة ، لأن كل هذه العقود لا تتعقبها استباحة .

(٢) انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٢/٢) ط مطبعة الإرادة ، وفيها يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « ولأنه نكاح لا يملك الزوج إيقاع الطلاق فيه كالعقد على المعتدة » ا هـ .

(٣) انظر : الاختيار (٢٦/٣) في (م ، ن ، ع) [يفسح] ، ولا وجه له .

(٤) أي : أن البيع إذا شرط فيه الخيار ، فعقد البيع صحيح مع أنه لا يتعقبه شيء من أحكام البيع كثبوت ملكية المشتري للمبيع وملكية البائع للثمن . انظر : شرح فتح القدير (١٩٨/٧) . ولكن سبق وأن أبطلنا قياس عقد النكاح على عقد البيع فراجعه إن شئت كما في فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٥) أي : أن قياس عقد النكاح الموقوف على إجازة الولي على عقد البيع المشروط فيه الخيار قياس غير صحيح ، لأن عقد النكاح الذي عقده الفضولي موقوف على إجازة الولي ، بخلاف عقد البيع المشروط فيه الخيار فإنه موقوف على الفسخ .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) العلة : لغة عبارة عن معنى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل بلا اختيار ومنه سمي المرض علة ، وفي الاصطلاح : هو ما يتوقف عليها وجود الحكم بأن جعلت علما عليه فإن وجدت وجد الحكم ، وقيل : إنها =

ولا يمنع ذلك انعقاده وصحته عندهم .

٢٠٧٨١ - فإن قيل : الاستباحة هناك حاصلة في أربع منهن .

٢٠٧٨٢ - قلنا : إذا لم يوجب العقد استباحة أربع من خمس لم يصح العقد ؛ لأن الإباحة لم توجد في كل واحدة منهن .

٢٠٧٨٣ - فإن احترزوا فقالوا : عقد لا تتعقبه استباحة استمتاع في عين من الأعيان ، فهذا ليس باحتراز [لأن الإباحة لا تحصل في واحد من الخمس .

٢٠٧٨٤ - فإن قالوا : قد استباح الأربعة منهن .

٢٠٧٨٥ - قلنا : ذلك ليس بعين] [١] ، والمعنى في الأصل [٢] : أن العقد لا يصح إلا بالتراضي [٣] فلم يصح من غير رضا ، وفي مسألتنا يصح العقد إذا قارنه الرضا كذلك إذا تأخر عنه .

٢٠٧٨٦ - ولأن المواضع التي قاسوا عليها يستوي فيها الرضا قبل العقد وبعده [٤] .

٢٠٧٨٧ - قالوا : كل نكاح لا يملك المكلف إيقاع الطلاق فيه وجب ألا يصلح ، أصله : المرتد [٥] .

٢٠٧٨٨ - قلنا : الطلاق موضوع لحل العقد ودفع الاستباحة ، والنكاح الموقوف ليس فيه استباحة ، فإذا أطلق ارتفع العقد ولم يعمل في الاستباحة فكذلك لم يحكم بوقوعه وإن ثبت بعض حكمه ، وهذا كما يقول مخالفنا في عين المكاتب : إنه يؤثر في إسقاط مال الكتابة ولا يقع به العتق ، وكذلك نقول نحن في عتق وارث المولى المكاتبة ، والمعنى في الأصل ما ذكرناه [٦] .

= الموجبة بالعادة ، وقيل : إنها الباعثة على التشريع . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٠٧ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) المراد بالأصل : هو نكاح المرتدة والمعتدة ونكاح المتعة ونكاح الخامسة ، فالشافعية قاسوا عقد النكاح الذي عقده الفضولي وتوقف على إجازة الولي على هذه الأنكحة في عدم ترتب استباحة البضع لعقد النكاح .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) ، (ن) العقد لا يصح بالتراضي ، والأصح ما أثبتناه وهو موجود في كتب المذهب الحنفي ؛ ولأن ركن العقد عند الأحناف هو الإيجاب والقبول ولا يتم إيجاب أو قبول بدون رضا .

(٤) انظر : الاختيار (٣٢/٣) .

(٥) المعنى أن النكاح الموقوف على إجازة الولي نكاح لا يملك الزوج إيقاع الطلاق فيه ، فوجب أن يكون باطلا ، قياسا على نكاح المرتدة . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٢/٢) .

(٦) المراد بالأصل في قول المصنف : « والمعنى في الأصل ما ذكرناه » هو نكاح المرتد ، فالمرتد إن أسلم كانت =

٢٠٧٨٩ - قالوا : العقود [١] تنقسم إلى : صحيح وفاسد ، فإذا كان العقد ليس بصحيح كان فاسدا .

٢٠٧٩٠ - قلنا : العقود الصحيحة تنقسم إلى لازم وغير لازم ، وهذا عندنا عقد صحيح غير لازم [٢] .

٢٠٧٩١ - قالوا : هذا العقد لا تتعلق به خصائص النكاح وأحكامه من الطلاق [٣] والظهار [٤] والإيلاء [٥] واللعان [٦] ، ولو كان عقدا صحيحا لتعقبت به الأحكام .

٢٠٧٩٢ - قلنا [٧] : البيع المشروط فيه الخيار للبائع لا تتعلق به أحكام البياعات ، وهو منعقد ، كذلك في مسألتنا .

٢٠٧٩٣ - قالوا : لو كان تحته أربع نسوة فتزوج خامسة لم يقف النكاح على طلاق إحدى الأربع [٨] ، ولو جاز أن يقف النكاح لوقف ههنا .

= عقوده صحيحة ، وإن لم يسلم كانت باطلة . راجع ص ٦٣ من نفس الرسالة .

(١) في (ن) ، (ع) : [العقد] .

(٢) أي : أن عقد النكاح الموقوف على إجازة الولي عند الأحناف عقد صحيح غير لازم انظر : البحر الرائق (١٣٨/٣) .

(٣) الطلاق . سبق إيضاح معناه ص٦٣ .

(٤) الظهار لغة : مشتق من الظهر ، وشرعا : تشبيه الزوج زوجته أو ما عبر به عنها أو جزءًا شائعًا منها بعضه يحرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسبا أو رضاعا كأمه وبنته وأخته ، وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفِّر . انظر : الاختيار (١٢٧/٣) - والتعريفات للجرجاني ١٢٥ .

(٥) الإيلاء لغة : الحلف ، وشرعا : اليمين على وطء المنكوحة مدة معلومة . انظر : الاختيار (١١٣/٣) .

(٦) اللعان لغة : مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ، وفي الشرع : هو مختص بملاعنة تجري بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة ، وهو شهادات مؤكدات بالأيمان موثقة باللعن والغضب من الله ﷻ وشرطه : قيام الزوجية بين الزوجين بنكاح صحيح ، دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح ، فإن امتنع الزوج منه حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد ، فإذا لاعن وجب عليها اللعان وتحبس حتى تلاعن أو تصدقه ، وصفته بينتها الآيات الكريمات من سورة النور من الآية (٥) إلى الآية (١٠) . والفرقة باللعان تطليقة بائنة . انظر : الاختيار (١٣٦/٣ - ١٤٠) - والروض المربع (٢٠٠/٣ - ٢٠٢) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٨) ولكن يبطل نكاح الخامسة ؛ لأن الإسلام لم يبح الجمع بين أكثر من أربعة ، فعلى ذلك إذا تزوج خامسة وبعض الأربع أو كلهن في العدة فقد جمع في عصمته خمسًا وذلك لا يجوز ، وهذا ما ذهب إليه الجمهور ، ولقد خالف الشافعية في العدة من طلاق بائن فأجازوا تزويج الخامسة إذا كانت تعتد من طلاق بائن . انظر : محاضرات في عقد الزواج ، للإمام محمد أبو زهرة ص ١٣٢ بتصرف .

٢٠٧٩٤ – قلنا : هذه دعوى لا دلالة عليها ، ثم هي فاسدة لأن العقد إذا وقف على الرضا لم يدل ذلك على وقوفه على حدوث معنى يصح به العقد .

٢٠٧٩٥ – ألا ترى أن البيع يقف على إسقاط الخيار باتفاق ولو باع المسلم خمرا لم يقف العقد على أن يصير خلًا ، ولو باع جلد ميتة لم يقف على دباغه ؟ كذلك ها هنا يجوز أن يقف العقد على الرضا وإن لم يقف العقد على طلاق إحدى الأربع ؛ لأن الخامسة لا يجوز العقد عليها كما لا يجوز العقد على الميتة والخمر .

* * *

مسألة ١٠٢٩

ولاية تزويج الصغار

٢٠٧٩٦ - قال أصحابنا : يجوز للأخ والعم وسائر العصبات تزويج الصغار [(١)] .

٢٠٧٩٧ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يزوج الصغار إلا الأب والجد [(٢)] .

٢٠٧٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ [(٣)] .

٢٠٧٩٩ - وروى الزهري عن عروة قال : سألت عائشة عن تأويل هذه الآية ، فقالت : يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها فيريد أن ينكحها بأدنى من صداقها فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ، وأمروا أن ينكحوا مَنْ سواهن من النساء . قالت عائشة : ثم إن الناس استفتوا رسول الله ﷺ بعد نزول هذه الآية فيهن ، فأنزل الله ﷻ : ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ﴾

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٣/٤) - وبدائع الصنائع (٢٣٩/٢) - ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٥/١) - وشرح فتح القدير على الهداية (١٧٢/٣) - وحاشية ابن عابدين (٦٥/٣) - والبحر الرائق (١١٨/٣) وفيه يقول صاحب كنز الدقائق : « وللولي إنكاح الصغير والصغيرة والولي العصبة بترتيب الإرث » ا هـ .

(٢) ساقطة من (م) . ويقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة » اهـ . انظر : قول الإمام الشافعي رحمه الله في الأم (١٨/٥) ، ومغني المحتاج (١٦١/٣) ، ونهاية المحتاج (٢٢٨/٦) ، والمهذب (٥٤٧/٢) ، والمجموع (١٧٢/١٦) .
ويرى المالكية والحنابلة : أن الأب فقط هو الأولى بتزويجها أو من وكله بذلك إلا أنه نقل عن الإمام أحمد رحمه الله قولًا كقول الأحناف . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٥٩١/٢) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٣٧/٦) ، المقنع لابن قدامة (١٥/٣) ، وبداية المجتهد (٨/٢) . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن قوله ﷺ : « والبكر تستأمر وإذنها صماتها » يقتضي العموم في كل بكر ، وكون سائر الأولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه في معنى الأب إذا كان أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب في ذلك غير موجود لغيره ، وهو الذي ذهب إليه مالك في بداية المجتهد (٨/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٣ .

إلى قوله : ﴿ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ (١) ، [قالت : فقوله : ﴿ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ ﴾ يعني الآية الأولى ، وقوله في الآية الأخرى : ﴿ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾] (٢) رغبة أحدكم عن يتيمته التي تكون في حجره ، حتى تكون قليلة المال والجمال (٣) .

٢٠٨٠٠ - وروي عن ابن عباس في تأويل الآية نحو ذلك (٤) .

٢٠٨٠١ - فلما منع اللّٰه تعالى الولي من تزويج اليتيمة ، إلا أن يقسط لها في مهرها ، دل ذلك على جواز عقده عليها ، والولي الذي يزوج اليتيمة هو ابن العم .

٢٠٨٠٢ - ولما عاتب اللّٰه تعالى في الرغبة عن اليتيمة القليلة المال ، دل على جواز تزويجه ، لولا ذلك لم يعاتب في ترك التزويج (٥) .

٢٠٨٠٣ - فإن قيل : المراد بالآية الكبيرة ؛ لأنه قال : ﴿ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ (٦) .

٢٠٨٠٤ - قالوا : وإنما يصح أن يدفع إلى البالغة (٧) .

٢٠٨٠٥ - قلنا : يعنى قوله : ﴿ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾ أي : لا تزوجوهن خوفًا على خروج ما لهن من أيديكم ، ولا تزوجوهن رغبة عنهن (٨) .

٢٠٨٠٦ - ويدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ زوج بنت حمزة (٩) ، من ابن أم سلمة (١٠) وقال له : أما كافأتك » (١١) وكانت صغيرة .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٧ . (٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع) ، (ن) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب رقم ٤٣ « تزويج اليتيمة » حديث رقم ٥١٤٠ . انظر : فتح الباري (١٩٧/٩) . (٤) انظر أحكام القرآن للجصاص (٣٤٢/٢) .

(٥) انظر المبسوط (٢١٤/٤) . (٦) سورة النساء : الآية ١٢٧ .

(٧) انظر عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٢٧٠ .

(٨) انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .

(٩) هي : أمامة بنت عبد المطلب وأمها سلمى بنت أبي عميس وهي التي زوجها الرسول ﷺ من سلمة ابن أم سلمة ، وقال له حين زوجها منه : « هل جزيت سلمة ؟ » انظر : أسد الغابة (٢١/٦) ترجمة ٦٧١٥ ، الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٣٥/٤) .

(١٠) هو سلمة بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي المخزومي أكبر من أخيه عمر ، وتوفي في خلافة عبد الملك بن مروان ، وقال أهل العلم : هو الذي عقد لرسول اللّٰه ﷺ على أمه : أم سلمة . انظر : الاستيعاب (٦٤١/٢) .

(١١) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة (١٢١/٧) .

٢٠٨٠٧ – ولا يقال : إن وليها كان العباس ؛ لأنه يجوز أن يكون زوجها برأيه واختياره ، ويجوز أن يكون غائبا غيبة انتقلت الولاية معها إلى ابن العم .

٢٠٨٠٨ – فإن قيل : يجوز أن يكون زوجها بولاية الإمامة (١) .

٢٠٨٠٩ – قلنا : فعندكم لا يجوز للإمام ولا القاضي تزويج اليتيمة فالخبر دليل عليكم .

٢٠٨١٠ – وقد روى عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت (٢) ، وأم سلمة ، وعائشة ، وابن عباس جواز تزويج غير الأب والجد الصغيرة (٣) .

٢٠٨١١ – وذكر الطحاوي (٤) عن أبي داود يزيد الأزدي (٥) قال : كنت عند عليّ بعد العصر إذ أُتي برجل فقالوا : / وجدنا هذا في خربة مراد ، ومعه جارية تخضب قميصها بدم ، فقال له : ويحك ما هذا الذي صنعت ، فقال : أصلح الله أمير المؤمنين كانت بنت عمي ويتيمة في حجري ، وهي غنية بالمال ، وأنا رجل (٦) قد كبرت وليس لي مال ، فخشيت إن (٧) كبرت أن ترغب عني فتزوجتها . قال – وهي تبكي – : أتزوجتيه ؟ فقائل من القوم يقول لها : قولي نعم ، وقائل يقول لها : قولي لا ، فقالت (٨) نعم تزوجته ، فقال : خذ بيد امرأتك ولا يعرف لهؤلاء في الصحابة

٢٣٤/أ

(١) أي : يجوز أن يزوج الصغيرة غير الأب والجد من العصبة بولاية الإمامة .

(٢) هو : زيد بن ثابت أبو سعيد الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ أمره النبي ﷺ أن يتعلم خط اليهود فجود الكتابة وكتب الوحي ، وحفظ القرآن وأتقنه وأحكم الفرائض وشهد الخندق وما بعدها وانتدبه الصِّديق لجمع القرآن ، فجمعه ، ثم عينه عثمان لكتابة المصحف موثقا بحفظه وأمانته ، ومات سنة ٤٥هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، طبقات الحفاظ ص٨ ، العبر (٥٣/١) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١٤/٤) .

(٤) هو : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الله بن سلمة بن سليمان بن جواب الأزدي الطحاوي ، نسبة إلى قرية بصعيد مصر ، ولد سنة ٢٣٩ هـ ، وتلقى العلم على يد خاله إسماعيل بن يحيى المزني أفقه أصحاب الشافعي ومات رحمه الله سنة ٣٢١هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٣٣٧ – والبداية والنهاية (١٧٤/١١) – والعبر (١٨٦/٢) .

(٥) هو : يزيد بن عبد الرحمن بن الأسود الأزدي الزعافري ، يكنى أبا داود الكوفي ، روى عن : علي بن أبي طالب ، وعدي بن حاتم ، وعنه : ابناه داود وإدريس ، وثقه ابن حبان ، ولم يذكر سنة وفاته . انظر : خلاصة تهذيب الكمال ص ٤٣٣ باب من اسمه يزيد – وطبقات ابن سعد (١٦٣/٦ ، ٢٣٤) – والتاريخ الكبير للبخاري (٣٤٧/٢/٤) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [لو] .

(٨) في (م) : [فقال] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبته كما في كتب الحديث .

مخالف [١] .

٢٠٨١٢ - ولأنه عصب له [٢] قول صحيح ، فجاز أن يملك تزويج الصغيرة بالنسب كالجد .

٢٠٨١٣ - ولأن العم يدلي بالجد ، كأبي الجد ، ولأنه له الاعتراض في الكفاءة بعد بلوغها فصار كالجد [٣] .

٢٠٨١٤ - فإن قيل : المعنى في الجد أنه يلي في مالها ، فولي في نكاحها مع صغرها ، والعم لا يلي في مالها ، فلم يل في نكاحها مع صغرها [٤] .

٢٠٨١٥ - قلنا : علة الأصل تبطل بالأب ، يلي في مال الثيب [٥] الصغيرة ولا يزوجها ، وكذلك الحاكم والوصي ، وعلة الفرع تبطل على أصلهم بالأب في البكر البالغ [٦] .

٢٠٨١٦ - فإن قيل : المعنى في الأب والجد أن عقدهم عليها يلزم ، فملكوا تزويجها حال صغرها والعم لا يلزم عقده عليها .

٢٠٨١٧ - قلنا : عدم الالتزام فرع لنا على جواز [٧] النكاح ولا يصح أن يعارضوا فيه [٨] وهم لا يقولون به ، ثم علة الفرع تبطل بالمولى إذا زوجها عبدا ، وإن ملك العقد عليها .

---

(١) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٢) في (ع) : [لها] .

(٣) أي : أن غير الأب والجد من العصبة يملك تزويج الصغيرة بالنسب كالجد ، ولأن لغير الجد والأب من العصبات الاعتراض في ترك الكفاءة بعد البلوغ فصار كالجد . انظر : المبسوط (٢١٤/٤) .

(٤) أي : أن غير الأب والجد لا يلي في مال الصغيرة فلم يل في نكاحها ، أما الأب والجد فلهما الولاية في مال الصغيرة فوليا في نكاحها . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [البنت] ولا وجه له .

(٦) المراد بعلة الأصل : الولاية في المال ، فقولهم : العم لا يلي في مالها فلم يل في نكاحها مع الصغر ، وهذه العلة تبطل بالأب أو الحاكم أو الوصي فكل منهم يلي في مال الثيب الصغيرة ولا يزوجها . والمراد بالفرع : ثبوت ولاية النكاح للجد في إنكاح الصغيرة ، قياسا على ثبوت ولايته في المال ، فهذه العلة تبطل بالأب أيضًا على مذهب الشافعية حيث يلي في المال ولا يلي في إنكاح البكر البالغة .

(٧) في (ص) ، (م) : [ثبوت] .

(٨) في (ص) ، (م) : [به] .

٢٠٨١٨ - ولأنه عقد فيه عوض ، فجاز أن يملكه على الحرة الصغيرة غير الأب والجد .

٢٠٨١٩ - أصله : عقد البيع والإجارة .

٢٠٨٢٠ - ولأنها لا تملك التصرف في مالها ، فملك النكاح عليها .

٢٠٨٢١ - أصله : من لها أب .

٢٠٨٢٢ - ولأنه ولي من لا ينفذ تصرفه في نفسه وماله ، فجاز أن يعقد لها النكاح كالأب .

٢٠٨٢٣ - ولا يلزم المكاتبة الصغيرة ؛ لأن تصرفها في نفسها بالإجازة [١] .

٢٠٨٢٤ - والدليل على أنه وليها : أنه ولي أختها الكبيرة ، ويستحيل أن يلي بالنسب على إحدى الأختين دون الأخرى .

٢٠٨٢٥ - ولأن ولاية الأب في حال الصغر تثبت في المال والنفس ، وجاز أن تنتقل ولايته في المال [٢] إلى من لا ولاية لها في نفسها وهو الوصي ، فجاز أن تنتقل الولاية في النفس إلى من لا تثبت له ولاية في المال وهو العم .

٢٠٨٢٦ - والدليل على أن الحاكم يزوج الصغار : أنه أحد نوعى الولاية يملكه الحاكم على الصغيرة بولاية القضاء كولاية المال .

٢٠٨٢٧ - ولأنه يلي في مالها من غير تولية ، كالأب .

٢٠٨٢٨ - ولا يقال : المعنى في الأب أن عقده يلزم [٣] ؛ لأن عقد الحاكم يلزم في إحدى الروايتين [٤] .

٢٠٨٢٩ - احتجوا بما روي عن عبد الله بن عمر قال : زوجني خالي قدامة بن مظعون [٥]

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ع) ، (ن) .

(٤) هكذا في جميع النسخ وهو خطأ ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما هو موجود في كتب المذهب الحنفي . والمعنى أن الحاكم يلي في إنكاح الصغيرة بولاية القضاء كولايته في المال ، لأنه يلي في المال من غير تولية قياسا على ولاية الأب . انظر : المبسوط (٢١٤/٤ - ٢١٥) .

(٥) هو قدامة بن مظعون بن أبي حبيب بن وهب ، يكنى أبا عمر ، شهد المشاهد كلها مع رسول الله - ﷺ - توفي رحمه الله سنة ٣٦هـ . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٢٨/٣) .

ابنة أخيه [١] عثمان بن مظعون [٢] فأتى المغيرة بن شعبة [٣] أمها [٤] فأرغبها في المال ، فمالت إليه وزهدت فيَّ ، فجاء قدامة إلى النبي ﷺ فقال : أنا عمها ووصي أبيها وزوجتها من عبد الله بن عمر ، وقد عرفت فضله ، وما نقموا منه [٥] إلا أنه لا مال له ، فقال النبي ﷺ : « إنها يتيمة وإنها لا تُنكح إلا بإذنها » [٦] .

٢٠٨٣٠ - الجواب : أن هذه كانت بالغة [٧] .

٢٠٨٣١ - والدليل عليه : قوله : « إنها لا تنكح إلا بإذنها » وهذا لا يقال فيمن لا إذن لها ، والدليل : ما روي أن أمها قالت للنبي ﷺ : إن ابنتي تكره ذاك ، فأمره النبي ﷺ أن يفارقها ، ونقل الحكم [٨] مع السبب [٩] فجعله علة فيه ، فدل على أن التفريق كان لكراهيتها وهذا لا يكون إلا في البالغ .

٢٠٨٣٢ - وروي أن النبي ﷺ قال : « إنها يتيمة واليتيمة أولى بأمرها » وهذا لا يكون إلا في البالغة .

٢٠٨٣٣ - وروي أن ابن عمر قال : فدخل المغيرة إلى أمها فأرغبها في المال ، فخطب إليه ، وخطب الجارية إلى هوى أمها ، حتى ارتفع أمرهم إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة : يا رسول الله ابنة أخي وأوصى بها إلى فزوجتها [١٠] ابن عمر ، ولم [أقصر بالصلاح] [١١] والكفاءة ، ولكنها امرأة وإنها إلى هوى أمها ، فقال رسول الله ﷺ :

---

(١) هي : زينب بنت عثمان بن مظعون . انظر : أسد الغابة (٩٣/٦) ترجمة رقم ٦٨٨٠ .

(٢) هو : عثمان بن مظعون بن أبي حبيب بن وهب ، يكنى أبا السائب ، توفي ﷺ بالمدينة بعد شهوده بدرا ، وهو أول من دفن بالبقيع . انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٨٦/٣) ، الإصابة (٤٦٤/٢) .

(٣) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي ، كان من دهاة العرب حتى لقب بمغيرة الرأي ، توفي ﷺ سنة ٤٩هـ وقيل ٥٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٥٢/٨) ، والإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥٢/٣) .

(٤) هي : خولة بنت حكيم بن أمية أم شريك السلمية لها صحبة ورواية ، قال ابن عبد البر : هي التي وهبت نفسها للنبي ﷺ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٩٠/٤) .

(٥) نقم الأمر ، أي كرهه . انظر : مختار الصحاح ص ٦٧٨ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب الاستئمار (٢٣١/٢) حديث رقم ٢٠٩٢ - والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ١٩ حديث رقم ١١٠٩ .

(٧) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٨) الحكم : وهو المفارقة . (٩) السبب : وهو الكراهية .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فزوجها] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

(١١) في (م) : [ولم أقصد به إلا الإصلاح] ولا وجه له والأصح ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

« هي يتيمة لا تنكح إلا بإذنها » فانتزعت مني بعد أن ملكتها ، فتزوجها المغيرة بن شعبة [١] .

٢٠٨٣٤ - فقوله : خطب الجارية إلى هوى أمها ، يدل على أن لها رأيا .

٢٠٨٣٥ - وقول قدامة : إنها امرأة وإنها إلى هوى أمها [٢] يدل على بلوغها ؛ لأن الصغيرة لا يقال لها امرأة .

٢٠٨٣٦ - وقول ابن عمر : انتزعت مني بعد أن ملكتها . يدل على أن النكاح صح [٣] والتفريق للجواز .

٢٠٨٣٧ - وروى أنه قال : زوَّجنيها خالي قدامة بن مظعون ولم يشاورها في ذلك وهو عمها ، فكلمت رسول الله ﷺ في ذلك فرد نكاحها ، فأحبت أن ينكحها للمغيرة .

٢٠٨٣٨ - وقوله : فأحبت أن يتزوجها المغيرة فزوجها ، يدل على أنها كانت بحيث يجوز تزويجها ، وإنما منع العقد لفقد إذنها .

٢٠٨٣٩ - وروي أن أم الجارية قالت للجارية : لا تجيزي . فكرهت الجارية النكاح فأعلمت رسول الله ﷺ ذلك فرد رسول الله ﷺ نكاحها ، فنكحها المغيرة بن شعبة .

٢٠٨٤٠ - ذكر كل هذه الألفاظ الدارقطني في طريق الخبر وإن كانت كثيرة [٤] لم يكن لمخالفنا فيها حجة [٥] .

٢٠٨٤١ - وسماها « يتيمة » لقرب عهدها باليتم [٦] ، ثم أجاز نكاحها من المغيرة ابن شعبة عقب المفارقة ؛ لأنه ذكر ذلك بلفظ يفيد التعقيب .

٢٠٨٤٢ - قال مخالفنا : اليتيمة : الصغيرة شرعا ولغة ، أما الشرع : فروي عن النبي ﷺ قال : [٧] « لا يتم بعد حلم » [٨] .

---

(١) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح حديث رقم (٢٣٠/٢/٣٧) - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب في إنكاح اليتيمة (١٢٠/٧) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (ع) ، (م) ، (ن) : [كبيرة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٧/٣) .

(٦) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) أخرجه أبو داود ، حديث رقم ٢٨٧٣- وابن عساكر في تاريخ دمشق (٢٥٧/٩) - والطحاوي في مشكل الآثار (٢٠٨/١) .

٢٠٨٤٣ – روي أن [نجدة] (١) كتب إلى ابن عباس ﷺ : متى ينقطع عن الصبي اليتم ؟ فقال : إذا أونس منه الرشد (٢) .

٢٠٨٤٤ – وأما اللغة : فإنه لا يقال للكهل (٣) هذا يتيم وإن فقد أباه ، فلم يحمل الخبر على الكبيرة .

٢٠٨٤٥ – قلنا : فقد قال في الخبر : « إنها امرأة » وهذا لا يتناول ، كما لا يقال للصبي : رجل .

٢٠٨٤٦ – وقد تسمى الكبيرة يتيمة لقرب عهدها باليتم (٤) ، والدليل عليه : الشرع ذكر أبو داود : حديث أبي سلمة (٥) عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز (٦) عليها » .

٢٠٨٤٧ – وأما قوله ﷺ : « لا يتم بعد حلم » فهو لا يعلمنا الأسماء وإنما يعلمنا الأحكام فبين أن أحكام اليتم ترفع بالحلم (٧) وهذا لا يدل على أنها اسمه .

٢٠٨٤٨ – وخبر ابن عباس دلالة عليهم ؛ لأنه قال : ينقطع اليتم إذا أونس الرشد . فهذا يدل على أن اليتم يبقى بعد البلوغ .

٢٠٨٤٩ – فأما قولهم : إنهم لا يسمون الكهل يتيما . فكذلك ، ولكنهم يسمون الصبي عقيب بلوغه يتيما ، لا يمنع من ذلك أحد .

٢٠٨٥٠ – فإن قيل : النبي ﷺ علق الحكم باليتم ، وعندكم لا يتعلق به حكم .

٢٠٨٥١ – قلنا : وقد روي أنه علق بالكراهة ، ثم ذكر اليتم لا يدل على أن الحكم المذكور يختص به ، كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا ﴾ (٨) .

---

(١) بياض في (ن) ، (ع) ونجدة هو نجدة بن نفيع الحنفي ، روى عن ابن عباس ، مجهول لا يعرف انظر : لسان الميزان (٤٩/٧) – وميزان الاعتدال (٢٤٥/٤) .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم (٢٨٥/٨) ، باب الحجر نصب الراية (١٩٠/٣) .

(٣) الكهل من الرجال هو : ما جاوز الثلاثين وخطه الشيب ، وامرأة كاهلة . انظر : مختار الصحاح ص ٥٨١ .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) ، الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٥) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري كان إماما فقيها ، وثقه ابن سعد توفي ﷺ بالمدينة سنة ٩٤هـ .

(٦) في (ص) ، (ن) ، (ع) [زواج] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) في (م) : [الحكم] ولا وجه له .

(٨) سورة النساء : الآية ١٠ .

٢٠٨٥٢ – وقال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [(١)] .

٢٠٨٥٣ – ثم قال : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾ [(٢)] .

٢٠٨٥٤ – وفي هذه المواضع لا يختص الحكم بالمذكور في اليتم ، بل اليتم [(٣)] وغيره فيه سواء ، وإنما خص الله ﷻ اليتامى بالذكر لأن شفقة الأب تغني عن وصية تحفظ ولده ، أما غير الأب فلا توجد فيه هذه الشفقة ، فاحتاج إلى الوصية .

٢٠٨٥٥ – كذلك النبي ﷺ ذكر اليتيمة ؛ لأن التي لها أب [(٤)] شفقته تغني عن الاستظهار ، وولي اليتيمة لا يوجد فيه هذا المعنى ، فبين أن تصرفها يجب أن يكون بإذنها وإن كانت ذات أب كذلك ، وسماها يتيمة ليبين أن قرب عهدها باليتم لا يمنع أن يتعلق جواز النكاح بإذنها وقولها [(٥)]

٢٠٨٥٦ – فإن قيل : لو ثبت أنها كبيرة لم يقدح في [(٦)] استدلالنا ؛ لأن قوله ﷺ : « إنها يتيمة » تعليل يقتضي أن يتعلق الحكم به في البالغ والصغيرة والواجب أن يتبع الحكم العلة دون [(٧)] صفة المرأة التي لم تذكر [(٨)] .

٢٠٨٥٧ – قلنا : قد روي ما ذكرتم ، وروي أن أمها قالت : إنها تكره ذلك . فرد رسول الله ﷺ نكاحها [وهذا يقتضي أن الحكم تعلق بكراهتها .

٢٠٨٥٨ – وروي أنه زوجها ولم يشاورها ، فكلمت النبي ﷺ فرد نكاحها] [(٩)] .

٢٠٨٥٩ – وهذا يدل على أن علة التفريق لترك المشاورة والقصة قصة واحدة ، فلو وجب لتعلق الحكم بالعلة التي ذكروها دون ما ذكرنا .

٢٠٨٦٠ – ثم قالوه : فاسد ؛ لأن هذا الكلام لا يكون تعليلا للحكم ؛ لأنه ينقض ، ألا ترى أن اليتيمة بإجماع يزوجها جدها بغير إذنها ، ومتى عللنا الحكم بكراهتها ، وبأنها لم تشاور لم تنتقض العلة ، والظاهر أن تعليل الرسول ﷺ لا يرد عليه النقض [(١٠)] .

(١) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، سورة الإسراء : الآية ٣٤ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) المعنى أن قوله ﷺ : (إنها يتيمة) عام يتعلق الحكم به في البالغ والصغيرة ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، دون صفة المرأة التي لم تذكر .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) أي : أن قول المخالف : الحكم يتعلق بالبالغ والصغيرة . قول لا يصح أن يكون تعليلا للحكم ؛ لأنه =

٢٠٨٦١ - قالوا : لا يلي في مالها بنفسه ، ولا يلي تزويجها بغير إذنها كالأجنبي [١] .

٢٠٨٦٢ - قلنا : الولاية في المال والنكاح تفترق ، بدلالة : أن الوصي يلي في المال دون البضع ، وكذلك الحاكم عندهم ، والمرأة البالغة تلي في مال نفسها ولا تلي في نكاحها ، وكالأب يلي [٢] على البكر البالغ عندهم ولا يلي في مالها ، فلم تعتبر إحدى الولايتين بالأخرى .

٢٠٨٦٣ - والمعنى في الأجنبي : أنه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ [في الكفاءة فلم يملك التزويج قبله ، والعشيرة [٣] يثبت لها الاعتراض عليها بعد البلوغ] [٤] فملكت التزويج قبله [٥] .

٢٠٨٦٤ - قالوا : لا ينبرم عقده عليها من غير نقض ، فلو كان له ولاية لانبرم / ٢٣٤/ب عقده كالأب والجد [٦] .

٢٠٨٦٥ - قلنا : عدم الانبرام لا يمنع الانعقاد [٧] .

٢٠٨٦٦ - ألا ترى أن المولى إذا زوج عبده أمته لم ينبرم عقده وإن كان صحيحا ؟

= بالصغيرة التي يزوجها جدها بالإجماع عند فقد الأب بغير إذنها ، أما نحن فلقد علقنا الحكم في قصة ابن عمر مع بنت خاله عثمان بن مظعون على كراهتها ، وبأنها لم تشاور ، وهذا التعليل لا يرد عليه نقض . انظر : شرح فتح القدير (٢٧٥/٣) .

(١) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولا ولادة بينهما ولا حق ملك ، فلم يملك تزويجها بنفسه ، كالأجنبي » اهـ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) العشيرة : هي القبيلة ، راجع : مختار الصحاح مادة « عشر » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) المعنى أن الولاية في المال والنكاح يفترقان ، بدلالة أن الوصي يلي في مال الموصى عليه ولا يلي في نكاحه ، وبدلالة الأب يلي في نكاح البكر البالغ ولا يلي في مالها ، فلم تعتبر إحدى الولايتين بالأخرى . والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأنه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في ترك الكفاءة ، بخلاف العصبة فإنهم يملكون ذلك دفعا للشين الذي يلحقهم بترك الكفاءة ، فثبت لهم ولاية تزويج الصغيرة قبل البلوغ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٦) المعنى أن غير الأب والجد من العصبة إذا عقد للصغير النكاح فعقده غير محكم ؛ لأنه كان محكما لما ثبت لها خيار البلوغ ، فدل ذلك على عدم جواز عقده عليها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولا ولادة بينهما ولا حق ملك فلم يملك تزويجها بنفسه كالأجنبي » اهـ .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الاعتقاد] ، ولا وجه له .

٢٠٨٦٧ - فإن قيل : هناك نقض [1] .

٢٠٨٦٨ - قلنا : زوال الكفاءة معنى طارئ غير مؤثر في النكاح .

٢٠٨٦٩ - ولأنه عقد لا يبرم لأنه يلي في البضع ، ولا ولاية في المال ، والنكاح لا يخلو من المال ، فثبت الخيار لتصرفه فيما لم يجعل له فيه ولاية .

٢٠٨٧٠ - ولأنه لا يمكن إبطال تصرفه في المهر إلا بإبطاله في البضع ؛ لأن الولاية تترتب بحسب الشفقة على المولى عليه فشفقة الأب والجد كاملة ، فنفذ تصرفهما في المال والبضع ، ولم يثبت فيه خيار ، وشفقة العم ليست كاملة .

٢٠٨٧١ - ولأنه لا يؤمن منه الخيانة الباطنة ، وتؤمن منه الخيانة الظاهرة فلذلك ولي في البضع دون المال ؛ [لأن الخيانة في البضع في ترك الكفاءة وذلك فيما يمكن استدراكه ، والخيانة الباطنة هي في المال] [2] وذلك مما لا يظهر ، فتستدرك فلم ينفذ تصرفه في المال ، وأثر ذلك في إثبات الخيار ، [في النكاح الذي لا ينفك عن المال] [3] .

٢٠٨٧٢ - [قالوا : خيار لها فلا يثبت في النكاح كخيار الثلاث [4] .

٢٠٨٧٣ - قلنا : ثبوت الخيار] [5] فرع على الانعقاد ، وعندهم لا ينعقد ولا معنى للاستدراك بأصولنا .

٢٠٨٧٤ - ولأن خيار الثلاث [ثبت بالشرط] [6] وهذا الخيار ثبت [7] من طريق الحكم ، وقد ثبت في العقود الخيار الحكمي ، ولا يثبت بالشرط كعقد الصرف [8] .

---

(١) ساقط من (م) والتناقض الذي رآه الشافعية هو ثبوت ولاية غير الأب والجد على الصغيرة ، وثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
والمعنى أن الأب والجد تثبت ولايتهما على الصغيرة في المال والنكاح لكمال الشفقة فيهما بخلاف العم فشفقته على الصغيرة ليست كاملة لذلك ثبتت في البضع ولم تثبت في المال ، وإذا ثبتت خيانته في البضع فيمكن استدراك ذلك بثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) .

(٤) أي : أن ثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ لا يثبت عندنا في النكاح كخيار الشرط لأن الخيار الذي يثبت عندنا في النكاح له أسباب خمسة وهي : عيب أحد الزوجين ، وخلف الشرط ، والاعتبار بالنفقة ، وعتق المرأة تحت عبد ، وخلف الظن وصورته ما لو ظنته حرًّا فبان عبدًا وهي حرة . راجع حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٨٦/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) المعنى أن ثبوت خيار البلوغ فرع على الانعقاد عندنا ، وكما ثبت خيار الشرط بالشرط فكذلك ثبت=

٢٠٨٧٥ - قالوا : لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ ، فلم يملك تزويجها حال الصغر ، أصله : الأجنبي [(١)] .

٢٠٨٧٦ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأنه يجبرها بعد البلوغ [إذا كانت مجنونة ، وتنعكس العلة بالغلام : لا يملك الأب إجباره بعد البلوغ] [(٢)] ويملك تزويجه حال الصغر ، ويبطل بولاية الأب في بيع المال لا يملك الاتجار فيه بعد البلوغ ويملك قبله .

٢٠٨٧٧ - والمعنى في الأجنبي : أنه لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها فلا يملك تزويجها ، والعم يرثها بنسب غير منقطع فملك تزويجها .

٢٠٨٧٨ - ولا يلزم الحاكم ؛ لأنه يقوم مقام من يرثها [(٣)] .

٢٠٨٧٩ - قالوا : يجري بينهما القصاص ، كالأجنبي [(٤)] .

٢٠٨٨٠ - قلنا : هذا المعنى لا [(٥)] يدل على انتفاء ولايته في حال الكبر ، كذلك لا يدل على إبطالها حال الصغر [(٦)] .

* * *

= خيار البلوغ بالحكم لا بالشرط قياسا على عقد الصرف الذي لا يدخله خيار الشرط ولكن يدخله الخيار الحكمى ، وعقد الصرف : هو بيع الأثمان بعضها ببعض . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٧/٣) - والاختيار (٣٩/٢) .

(١) أي : أن غير الأب أو الجد من العصبة لايملك تزويج البكر الصغيرة قبل بلوغها ؛ لأنه لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ ، فصار كالأجنبي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن من لا يملك التصرف في مال الصغيرة بنفسه لم يملك تزويجها كالأجنبي » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن قول الشافعية : لا يملك إجبارها بعد البلوغ غير مسلَّم به ؛ لأنه يجبرها إن كانت مجنونة ، والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأن الأجنبي لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها ، فلم يملك تزويجها بخلاف العم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢ ، ٥٣) .

(٤) أي : أن العم وغيره من سائر العصبات إذا اعتدى على البكر الصغيرة بالقتل أو غيره من الجراحات جرى القصاص بينه وبينها ، لعدم الولادة بينهما ، قياسا على الأجنبي .

(٥) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لم] .

(٦) أي : أن إجراء القصاص بين العم وغيره من سائر العصبة ، وبين البكر الصغيرة لا يدل على انتفاء ولايته عنها حال الكبر ، فكذلك لا يدل على إبطالها حال الصغر . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٢) .

مسألة ١٠٣٠

إجبار البكر البالغة على النكاح

٢٠٨٨١ - قال أصحابنا : لا يجوز للولي إجبار [1] المرأة البالغة على النكاح [2] .

٢٠٨٨٢ - وقال الشافعي : يجوز للأب والجد تزويج البكر البالغة وإن كرهت [3] .

---

(١) الإجبار : معناه أن يباشر الولي العقد فيجب إنفاذه على المرأة سواء أكانت راضية أم غير راضية . انظر : فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (٢/٥) - وبدائع الصنائع (٢٤١/٢) - ومجمع الأنهر (٣٣٣/١) - وحاشية ابن عابدين (٢٥٨/٣) - وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) - والبحر الرائق (١١٠/٣) - وفيه يقول صاحب الكنز : « ولا نجبر بكرًا بالغة على النكاح » .

(٣) انظر : الأم للشافعي (١٩/٥) - والمهذب (٤٧/٢) - والمجموع (١٦٨/١٦) - ومغني المحتاج (٦٤٩/٣) - ونهاية المحتاج (٢٢٨/٦) - ويقول الشيرازي في المهذب : « ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة » . أما المالكية : فلقد وافقوا الأحناف في البكر المعنسة على أحد القولين ، أما غير المعنسة فيزوجها الأب جبرًا كما يقول الشافعية . يقول ابن رشد : « فأما البكر البالغ : فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها علي النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : « لابد من اعتبار رضاها » ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . اهـ . انظر : بداية المجتهد (٦/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، الأولى ليس له ذلك ، وهو الأصح ، والثانية له إجبارها .

يقول ابن قدامة : « وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان . إحداهما : له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق . والثانية : ليس له ذلك ، واختاره أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٨٧/٦ ، ٤٨٨) . ومنشأ اختلاف العلماء : في علة ولاية الإجبار هل هي البكارة ، أو الصغر . فيرى مالك والشافعي وأحمد في رواية أنها البكارة ، ويرى الأحناف أنها الصغر ، إذ الصغر هو سبب العجز الذي وجدت الولاية لسد نقصه . انظر : بداية المجتهد (٧/٢) - وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) .

ولقد وضع الشافعية شروطًا للإجبار ، أي لإجبار الأب ابنته البكر على الزواج ، وهي :

الشرط الأول : عدم العداوة الظاهرة بين الأب وابنته .

الشرط الثاني : عدم وجود العداوة بين الزوج وبينها مطلقا .

الشرط الثالث : أن يريد الأب أن يزوجها من كفء .

الشرط الرابع : أن يزوجها بمهر المثل .

الشرط الخامس : أن يكون المهر حالًا أي غير مؤجل .

الشرط السادس : أن يكون المهر نقدا من نقد البلد الذي تقيم فيه .

=

٢٠٨٨٣ - لنا : ما روى عكرمة (١) عن ابن عباس ، أن رجلا زوَّج ابنته وهي بكر كارهةً فأتت النبي ﷺ « فخيرها » (٢) ذكره أبو داود .

٢٠٨٨٤ - فإن قيل : يجوز أن يكون زوجها غير كفء .

٢٠٨٨٥ - قلنا : إذا نقل الحكم مع السبب فالظاهر تعلقه به ، وتعليقه بغيره يحتاج إلى دليل وقد نقل الحكم وهو التخيير ، والسبب وهو الكراهة . ولم يذكر سببا آخر .

٢٠٨٨٦ - وروى ثابت (٣) ، عن أنس (٤) قال : جاءت جارية إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن أبوي زوجاني ولم يستأمراني ، فهل لي من شيء ، فقال لها رسول الله ﷺ : « اتقي الله في أبويك » . يرددها ثلاثًا (٥) .

=الشرط السابع : ألا يكون الزوج معسرا بالحالّ من المهر .

الشرط الثامن : ألا يكون قد وجب عليها الحج ، فإن الزوج قد يمنعها ، لكون الحج واجبا على التراخي ، ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها .

الشرط التاسع : ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته ، كالشيخ الهرم ، والأعمى كما بينوا أيضًا أنه يكره لأبيها أن يزوجها ممن تكرهه ولو لم يصبها الضرر من تزويجها له . انظر : مغني المحتاج (١٤٩/٣) . كما بين المالكية أيضًا على الراجح عندهم أن الأب لا يجبر البكر البالغة أن تتزوج من ذي عاهة كالخصي ، والمجنون ، والمصاب بالبرص أو الجذام ، أو العِنين ، أو المجبوب . انظر : الشرح الكبير للدردير (٢٢٢/٢) .

(١) هو عكرمة مولى ابن عباس ، أبو عبد الله المدني ، أصله من البربر من أهل المغرب ، قال : طلبت العلم أربعين سنة ، وكنت أفتي بالباب وابن عباس في الدار ، أثنى عليه الكثير من الأئمة ، ومات سنة ١٠٥هـ أو ١٠٦ ، أو ١٠٧ . انظر : طبقات الحفاظ ٣٧ ، العبر (١٣١/١) .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها (٢٣٢/٢) ، حديث رقم ٢٠٩٦ - والنسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ٨٦/٦ من حديث عائشة -وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب من زوج ابنته وهي كارهة (٦٠٣/١) حديث رقم ١٨٧٥) - والدارقطني (٢٣٥/٣) كتاب النكاح - والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح الأبكار (١١٧/٧) .

(٣) هو ثابت البناني بن أسلم أبو محمد البصري ، ثقة ، صحيح الحديث روى عن : أنس ، وعبد الله بن الزبير ، وعمر بن أبي سلمة وغيرهم ، وروى عنه : حماد بن زيد ، وحماد بن سلمة ، وحميد الطويل ، وشعبة ، قال أبو حاتم : أثبت أصحاب أنس الزهري ثم ثابت ، ثم قتادة ، ومات سنة ١٢٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٤٩ ، تذكرة الحفاظ (١٢٥/١) ، العبر (١٥٦/١) .

(٤) هو أنس بن مالك بن النضر ، يكنى أبا حمزة الأنصاري المدني ، خادم رسول الله ﷺ وله صحبة طويلة وحديث كثير ، مات سنة ثلاث وتسعين هـ . انظر : الإصابة (٨٤/١) ، أسد الغابة (١٥١/١) ، طبقات الحفاظ ص ١١ .

(٥) لم نقف على هذا الحديث في كتب الحديث ولا على معنى قريب منه .

٢٠٨٨٧ - وروى ابن أبي ذئب [١] ، عن نافع ، عن ابن عمر ، أن رجلا زوج ابنته بكرا فكرهت فأتت النبي ﷺ فرد نكاحها [٢] .

٢٠٨٨٨ - وروى عبد الرحمن بن السلماني [٣] ، عن ابن عمر ، قال : « كان رسول الله ﷺ ينزع النساء من أزواجهن ثيبات وأبكارا إذا كرهن ذلك بعد ما يزوجهن آباؤهن وإخوانهن [٤] » ، ذكر هذه الأخبار الثلاثة أبو بكر الرازي بأسانيده .

٢٠٨٨٩ - وقد روي أن خنساء بنت خدام [٥] زوجها أبوها وهي بكر ، رواه ابن المبارك ، عن سفيان [٦] عن عبد الرحمن بن القاسم [٧] عن [عبد الله بن يزيد بن وديعة] [٨] عن خنساء بنت خدام قالت : أنكحني أبي وأنا بكر ، فشكوت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال : « لا تنكحها وهي كارهة [٩] » .

٢٠٨٩٠ - ولا يعارض هذا ما روى أنه زوَّجها وهي ثيب ؛ لأنه يحتمل أن يكون زوجها وهي بكر . ثم زوجها وهي ثيب فتصح الروايتان [١٠] .

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب العامري ، قال أحمد : ثقة صدوق روى عن أبيه ، والزهري ، ومحمد بن المنكدر وغيرهم ، وعنه : الثوري ، ومعمر ، وابن المبارك توفي رحمه الله بالكوفة سنة ١٥٩هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٢ - وتذكرة الحفاظ (١٩١/١) .

(٢) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٨٦/٦) - وابن ماجه ، كتاب النكاح من حديث ابن عباس (٦٠٣/١) - والدارقطني ، كتاب النكاح (٢٣٦/٣) حديث رقم ٣٩ .

(٣) هو عبد الرحمن بن السلماني ، قال الدارقطني : « ضعيف لا تقوى به حجة إذا وصل الحديث فكيف إذا أرسله » ، وقال أبو حاتم الرازي : « لين » انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٨٨/٢) .

(٤) لم نقف على هذه الرواية في كتب الحديث .

(٥) خدام : بكسر الخاء المعجمة ثم بفتح الدال المهملة . هكذا ضبطه الحافظ ابن حجر- رحمه الله وإن كانت هناك بعض الروايات بكسر الخاء المعجمة ثم بفتح الذال المعجمة . انظر : فتح الباري (١٩٥/٩) - وشرح السنة للبغوي (٣٣/٩) .

(٦) هو سفيان الثوري ، وسبقت الترجمة .

(٧) هو : عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، روى عن أبيه وسعيد بن المسيب وغيرهما ، وروى عنه : مالك والسفيانان وغيرهم ومات سنة ١٢٦ ، انظر : طبقات الحفاظ ص ٥٠ - وتذكرة الحفاظ (١٢٦/١) .

(٨) ما بين المعكوفتين في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [عبد الله بن ربيعة] ، وهو خطأ ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث ، وعبد الله بن يزيد بن وديعة قال ابن حجر : « لم أر من ترجم له » . انظر : فتح الباري (١٩٥/٩) .

(٩) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٧١/٦) .

(١٠) هذا غير مبيح لأن الحافظ ابن حجر- رحمه الله - قال في الفتح ما نصه : « وهي رواية شاذة أي أن رواية =

٢٠٨٩١ - وروى يحيى بن أبي كثير (١) ، عن [أبي سلمة] (٢) ، عن أبي هريرة ، عن رسول الله ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن » . قالوا : وكيف إذنها يا رسول الله ؟ قال : « الصمت (٣) » .

٢٠٨٩٢ - فإن قيل : إنما أمر باستئذانها لتطييب القلوب (٤) ، كما روى ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « أمِّروا النساء في بناتهن » (٥) .

٢٠٨٩٣ - قلنا : ظاهر النهي عن (٦) التزويج بغير (٧) الاستئذان ، لن يدل على كون الأمر (٨) شرطًا ، وكذلك أمره بالاستئذان لن يدل على وجوبه فحمله على الاستحباب عدول عن الظاهر ، وليس إذا عدل في موضع بالإجماع وجب تركه في غيره .

٢٠٨٩٤ - على أن قوله : « أمِّروا النساء في بناتهن » محمول عندنا على المرأة التي لا ولي لبناتها سواها .

= أنه زوجها وهي بكر ؛ لأن خنساء هذه كانت ثيبا وهذه رواية مجمع على صحتها » اهـ .

(١) هو يحيى بن أبي كثير ، واسمه صالح بن المتوكل الطائي ، مولاهم ، أبو نصر اليمامي ، روى عن : أنس ، وعكرمة ، وروى عنه : ابنه عبد الله ، والأوزاعي ، ويحيى الأنصاري ، وغيرهم ، قال أحمد : من أثبت الناس ، وقال أبو حاتم : إمام لا يحدث إلا عن ثقة ، ومات سنة ١٢٩هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ٥١ ، تهذيب التهذيب (٤٧٣/٩) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أم سلمة] ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني ، قيل : اسمه كنيته ، وقيل : اسمه عبد الله ، روى عن : أبيه وعثمان وجابر وأبي هريرة وابن عمرو وعائشة وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه : ابنه عمر ، والزهري ، والشعبي ، ويحيى بن أبي كثير ، وغيرهم ، وثقه ابن سعد وغيره ، كان فقيها كثير الحديث ، ومات بالمدينة سنة ٩٤هـ . انظر : البداية والنهاية (١٣٠/٩) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب (٤١) لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب (٢٠٢/٩) صحيح مسلم بشرح النووي ، وقوله (لا تنكح) بسكون الحاء للنهي ، وبرفعها للخبر وهو أبلغ ، وقوله (تستأمر) أصل الاستئمار طلب الأمر ، فالمعنى لا يعقد عليها حتى يطلب الأمر منها ، فجعل الأمر إليها في عقد النكاح ، وهذا في حق الثيب . أما البكر : فجعل في حقها الإذن ، والإذن دائر بين القول والسكوت ، بخلاف الأمر فإنه صريح في القول . راجع فتح الباري .

(٤) انظر فتح الباري (١٩٣/٩) ، السنن الكبرى للبيهقي (١١٥/٧) .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح الآباء الأبكار (١١٥/٧) .
وقال ابن التركماني : « رواه الثقة عن ابن عمر » . وليس ذلك بحجة عند أهل الحديث حتى يسمى هذا الثقة .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بعد] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأذن] .

٢٠٨٩٥ – ولأنه يصح إقرارها بعقد النكاح على نفسها ، فلا يصح عقد الغير عليها إلا برضاها كالثيب (١) والغلام ، يبين ذلك أنها لو قالت : زوجني أبي فلانا بإذني فصدقها الزوج ، وكذلك الأب كان (٢) القول قولها .

٢٠٨٩٦ – ولأنها تملك المطالبة بالأزواج ، ولو امتنع الأب من تزويجها مع مطالبتها زوَّجها الحاكم ، فلا يجوز تزويجها مع كراهتها كالثيب .

٢٠٨٩٧ – ولأن الرضا يعتبر في حق من لا يملك المطالبة ، ألا ترى أن المكاتبة لا تملك مطالبة مولاها بالنكاح [ولا تملك] (٣) الامتناع من عقده فإذا ملكت البكر مطالبة وليها بالنكاح فلأن يعتبر رضاها أولى .

٢٠٨٩٨ – ولأن كل عقد لا يملك إجبار الثيب عليه لا يملك إجبار البكر ، كالبيع والإجارة (٤) .

٢٠٨٩٩ – فإن قيل : المعنى في الثيب أنه يعتبر في جواز العقد عليها نطقها ولما لم يعتبر نطق البكر في العقد عليها لم يعتبر إذنها (٥) .

٢٠٩٠٠ – قلنا : الثيب [لا يقف] (٦) العقد على نطقها ؛ لأنها لو كتبت (٧) جاز ، والبكر قد يعتبر في نكاحها نطقها إذا زوجها غير الولي ، فكان الرضا معتبرًا فيهما جميعًا إلا أنه يعتبر في البكر بالسكوت ؛ لأن القول يتعذر للحياء في ذلك غير متعذر في الثيب (٨) .

٢٠٩٠١ – فإن قيل : المعنى في الثيب أن الأب لا يقبض مهرها إلا بإذنها والبكر يقبض مهرها بغير إذنها (٩) .

٢٠٩٠٢ – قلنا : عندنا لا يملك الأب قبض مهر البكر بغير إذنها ، بدلالة : لو نهته عن قبضه لم يجز أن يقبضه وإنما يقبض ما لم تنهه لأنها راضية بقبضه في العادة فيصير

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والبنت] . (٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا تمنع] .
(٤) انظر : المبسوط (٩/٥) – وفتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) .
(٥) المعنى أن قياس البكر البالغة على الثيب في عدم الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الثيب يعتبر نطقها بخلاف البكر فيما أنه لا يعتبر نطقها فلا يعتبر إذنها . انظر : المهذب (٤٨/٢) .
(٦) ساقطة من (م) . (٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكلت] .
(٨) انظر المبسوط (٤/٥) – وشرح فتح القدير (٢٦٤/٣) .
(٩) انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٧١ .

مأذونا من جهتها بالعرف [١] .

٢٠٩٠٣ - ولأنه لا [٢] يملك تزويج أختها بغير إذنها فلا يملك تزويجها بغير إذنها كالأخ والعم [٣] .

٢٠٩٠٤ - [فإن قيل : ولاية العم أنقص لأنه لا يلي] [٤] في المال ولا يثبت عقده على الصغيرة .

٢٠٩٠٥ - قلنا : فالأب لا ولاية له في مال الكبيرة وإن كانت ولايته عندكم بحالها ، وإنما لم يثبت عقده على الصغيرة لمعنى يعود إلى تصرفه في المال .

٢٠٩٠٦ - ولأن الأب له في حال الصغر ولايتان : إحداهما في المال ، والأخرى في البضع ، فإذا زالت إحدى الولايتين بالبلوغ زالت [٥] الأخرى .

٢٠٩٠٧ - ولأنه عقد بعوض فلا يملك إجبارها عليه ، كالبيع .

٢٠٩٠٨ - ولأنه عقد يتناول المنافع ، كالإجارة [٦] .

٢٠٩٠٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [٧] .

٢٠٩١٠ - الجواب [٨] : أن هذا أمر فيحمل على الوجوب ، ولا يجب على الولي تزويجها إلا إذا طالبت بذلك ومتى طالبته صح عقده بالإجماع .

٢٠٩١١ - ولأن هذا خطاب لجميع الأولياء بتزويج الأبكار والثيبات ، وقد أجمعوا أن المراد به في غير الأب والجد إذا زوجها بإذنها فكذلك المراد به في الثيب ، فيكون هو المراد في الباقي .

٢٠٩١٢ - ولأن اللفظ تناول الجميع على وجه واحد [٩] .

---

(١) العرف : هو ما اعتاده الناس من معاملات ، واستقامت عليه أمورهم ، وهو أصل أخذ به الأحناف ، راجع أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٧٣ .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كذلك] .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٧) سورة النور : الآية ٣٢ .
ووجه الدلالة هو : أن الخطاب في قوله ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ﴾ موجه للأولياء وأنهم أصحاب الحق في تزويج نسائهم .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : أحكام القرآن (٣٢٠/٣) ، ووجه استدلال الأحناف بالآية هو الراجح بدلالة أن الأيم الكبير من الأحرار لا ولاية لأحد عليه . راجع : تفسير آيات الأحكام للسايس (١٦٩/٢) .

٢٠٩١٣ – احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال [١] : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها » [٢] .

٢٠٩١٤ – قالوا : فقابل الأيم بالبكر ، وفي مقابلة البكر للثيب جعل [٣] الثيب [٤] أحق بنفسها من وليها ، فدليله أن ولى البكر أحق بنفسها .

٢٠٩١٥ – ولأنه عليه السلام فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما ، إلا أن إحداهما [لاتجبر] [٥] والأخرى يجوز إجبارها ويكون استئذانها مستحقا لأنه لو كان لا يجوز لقال : إنهما أحق بأنفسهما [٦] .

٢٠٩١٦ – الجواب : أن قوله : « الأيم » يتناول التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وهي في النساء كالعزب [٧] في الرجال [٨] .

٢٠٩١٧ – الدليل عليه : قوله عليه السلام : « إلا أبو أيم ينكحها عثمان » [٩] .

٢٠٩١٨ – وقوله : « لا تؤخر الأيم إذا أصيب لها كفؤًا » [١٠] ولم يرد الثيب خاصة .

٢٠٩١٩ – وأنشدوا فيه :

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٤/٩) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [تجعل] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٦) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٣/٩) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كالغرر] ولا وجه له . والعزب من الرجال : هو الذي لا زوجة له والجمع عُزَّاب . انظر : مختار الصحاح : مادة (عزب) .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٢٠/٣) .

(٩) أخرجه صاحب كنز العمال (٥٩١/١١) حديث رقم ٣٢٨٢٨ وعثمان : هو عثمان بن عفان أبو عمر الأموي ذو النورين أمير المؤمنين ، جمع الأمة على مصحف واحد ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة ، وكان من السابقين الصادقين المنفقين في سبيل الله ، تولى خلافة المسلمين اثنتى عشرة سنة ، ومات سنة ٣٥هـ . انظر ترجمته في : أسد الغابة (٥٨٤/٣) – والإصابة (٤٥٥/٢) – وطبقات الحفاظ ص ٤ .

(١٠) الحديث : « ثلاث لا تؤخر ، الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفؤا » . أخرجه الترمذي حديث رقم ١٠٨١ باب ما جاء في تعجيل الجنازة (٢٦٩/٢) – وفي نيل الأوطار : كتاب النكاح ، باب الكفاءة في النكاح (١٢٨/٦) – والحاكم في المستدرك (١٦٢/٢) ، وقال فيه : حديث غريب صحيح ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة (١٣٣/٧) ، وفي نصب الراية (١٩٧/٣) .

٢٠٩٢٠ – فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي مدى الدهر ما لم تنكحى أتأيم

٢٠٩٢١ – وقد حكى هذا القول عن الكسائي [١] ، وأبي عبيدة [٢] ، فعلى هذا قد أفاد الخبر أن البكر والثيب أحق بأنفسهما [٣] .

٢٠٩٢٢ – ثم [٤] بين حكما آخر تخالف فيه البكر الثيب ، وهو صفة الإذن [٥] .

٢٠٩٢٣ – وأما قولهم : إنه قابل البكر بالثيب . فليس بصحيح ؛ لأنا قد بينا أن الأيم اسم للأمرين ، فذكر البكر هو بيان الحكم لبعض الأيامى وليس بمقابلة ، كقوله تعالى : ﴿يَوْمَ يَنظُرُ ٱلْمَرْءُ مَا قَدَّمَتْ يَدَاهُ وَيَقُولُ ٱلْكَافِرُ يَٰلَيْتَنِى كُنتُ تُرَٰبًۢا﴾ [٦] ، ولم يرد بذلك مقابلة الكافر بالمسلم ثم المرء اسم للجميع ، ثم خص بعض المذكورين بحكم آخر .

٢٠٩٢٤ – فأما قولهم : إنه فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما إلا الإجبار . فليس بصحيح ؛ لأنه سوَّى بينهما في الحكم الأول وفرق بينهما في الحكم الثاني وهو صفة الإذن .

٢٠٩٢٥ – وقولهم : إن الإذن للاستحباب . ترك للظاهر / ومن أثبت الفرق وحمل الإذن على الوجوب أولى [٧] . ٢٣٥/أ

---

(١) هو : علي بن حمزة بن عبد الله بن بهن بن فيروز الأسدي ، أبو الحسن الكسائي الإمام الذي انتهت إليه رئاسة القراء بالكوفة بعد وفاة حمزة الزيات ، توفي الكسائي في سنة ١٨٩هـ . انظر : تاريخ بغداد (٤٠٣/١١) ، الأعلام (٩٣/٥) .

(٢) هو أبو عبيدة بن وقاص المروى ، اسمه كنيته ، هكذا ذكره السيوطي في بغية الوعاة في طبقات النحاة (١٣١/٢) . والبيت قد ذكره صاحب اللسان مادة (أيم) ، وذكره صاحب اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، واستدل به على أن لفظ (الأيم) عام يشمل الرجل والمرأة فالرجل يقال له : (أيم) إذا كان لا زوج له ، والمرأة يقال لها : أيم إذا كانت لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبا . انظر : لسان العرب مادة (أيم) – واللباب (٦٧٧/٢) .

(٣) ووجه الاستدلال بالحديثين والبيت ، هو أن كلمة (الأيم) وردت عامة ولم تخصص بالبكر ولا بالثيب فدل هذا العموم على أن البكر والثيب أحق بأنفسهما .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ... للثيب بالاستئمار وللبكر بالاستئذان وأصل الاستئمار طلب الأمر فالمعنى عقد عليها حتى يطلب الأمر منها . انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(٦) سورة النبأ : الآية ٤٠ .

(٧) ما دفع به القدوري أقوال الشافعية بالنسبة للحديث محل النزاع غير صحيح ؛ لأن الإمام الحافظ ابن حجر يقول في كتابه فتح الباري ما نصه « ليس فيه دلالة على عدم اشتراط الولي في حقها بل فيه إشعار باشتراطه » ثم قال « فعبر للثيب بالاستئمار وللبكر بالاستئذان فيؤخذ منه فرق بينهما من جهة أن الاستئمار يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمرة ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها في العقد . فإذا صرحت =

٢٠٩٢٦ - قالوا : فقد روى : « الثيب أحق بنفسها من وليها » فدليله أن ولي البكر أحق بها [١] .

٢٠٩٢٧ - قلنا : قوله « الأيم » أعم ، فالظاهر [٢] أن أصل الخبر عام [٣] ؛ لأن الراوي يجوز أن ينقل الخاص [٤] بعد سماعه العام ، ولا يجوز أن يسمع الخاص فينقل العام ، ولا يجوز جعلهما خبرين لما في ذلك من إثبات خبر بالشك [٥] ، لا سيما والراوي واحد .

٢٠٩٢٨ - ولأن الرجوع إلى دليل الخطاب [٦] في مقابلة ما رويناه من الأخبار الظاهرة لا يصح ، بل الرجوع إلى الألفاظ التي قدمناها وترك دليل اللفظ [المختلف فيه] [٧] لأجلها .

٢٠٩٢٩ - ولأن لفظة « أحق » عندهم تقتضي الاشتراك ، [فدليل اللفظ] [٨] يقتضي أن للبكر حقًّا وعند مخالفنا لا حق للبكر في نفسها ، وإنما لها حق في المطالبة بالعقد .

٢٠٩٣٠ - ولأن دليل الخطاب - إذا سلمنا أنه كالنطق - اقتضى عمومه أن ولي البكر أحق بها والدا كان أو غيره ، ولا يمكن حمل ذلك على العموم إلا أن يكون معناه أحق بحفظها وضمها إليه ، وتفارق في ذلك الثيب [٩] ؛ لأن ولي الثيب ليس له ضمها

= بمنعه امتنع اتفاقا . والبكر بخلاف ذلك ، والإذن دائر بين القول والسكوت بخلاف الأمر فإنه صريح في القول ، وإنما جعل السكوت إذنا في حق البكر لأنها قد تستحي أن تفصح » انتهى . انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(١) أي : أن الحديث نص على أن الثيب أحق بنفسها ، فيستدل منه بطريق مفهوم المخالفة أن ولي البكر أحق بها . انظر : المهذب (٤٧/٢) .

(٢) الظاهر : هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملا للتأويل والتخصيص . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٢٤ .

(٣) العام : هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١١٣ .

(٤) الخاص : هو اللفظ الدال على مسمى واحد . انظر : إرشاد الفحول ص ١٤١ .

(٥) الشك : هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك . وقيل : الشك ما استوى طرفاه ، وهو الموقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما ولم يطرح الآخر فهو ظن فإذا طرحه فهو غالب الظن ، وهو بمنزلة اليقين . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١١٣ .

(٦) دليل الخطاب : سبق إيضاح معناه وآراء الفقهاء في حكم الاستدلال به ، وذكر بعض الأمثلة عليه .

(٧) في (م) : [للحاجة إليه] ، ولا وجه له .

يقصد الإمام القدوري بدليل اللفظ المختلف فيه « مفهوم المخالفة » فهو حجة عند الشافعية وليس بحجة شرعية عند الأحناف ، أما في عرف الناس فهو حجة . انظر : إرشاد الفحول ١٧٨ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٩) ساقطة من (م) .

إلى نفسه بل لها أن تنفرد بنفسها وتكون حيث شاءت ، وكان استعمال الدليل على عمومه أولى من تخصيصه (١) .

٢٠٩٣١ - احتجوا : بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها (٢) » . واليتيمة هي التي لا أب لها ، فدليله أن من لها أب لا تستأمر (٣) .

٢٠٩٣٢ - الجواب : أن اليتم إذا أريد به فقد الأب تناول الصغيرة خاصة ، والصغيرة لا تستأمر ، والكبيرة التي لا تستأمر لا تسمى يتيمة ، فلم يبق إلا أن يحمل الخبر على المرأة التي انفرد عنها الأزواج ، وقد حكى ثعلب (٤) عن ابن الأعرابي (٥) أن تلك تسمى يتيمة (٦) .

٢٠٩٣٣ - ولو سلمنا ما قالوه : لم يصح اعتبار الدليل ؛ لأن اليتيمة اسم وليس بصفة ، ودليل الاسم لم نقل به ، [ولو جاز اعتباره كان قوله ﷺ : « تستأمر اليتيمة » يدل على أن الجد لا يجبر اليتيمة] (٧) وهذا دليل عليهم ، ومتى دل نطق الخبر على إبطال قولهم ، ودليله على صحته كان التعليق بالمنطوق المتفق على الاستدلال به أولى من التعليق بالدليل المختلف فيه (٨) .

---

(١) أي : أن الشافعية استدلوا بقوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها » من طريق مفهوم المخالفة ؛ لأن الحديث جعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، فدليله أن ولي البكر أحق بها منها . ولكن الأحناف تعقبوا ذلك فقالوا : إن الاستدلال بمفهوم المخالفة في مقابلة ما روي من الأخبار الظاهرة والتي منها ما رواه أبو موسى الأشعري مرفوعا « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها » فقيد ذلك باليتيمة فيحمل المطلق عليه . ولكنا نجيب عن ذلك بحديث ابن عباس والذي صرح فيه بلفظ الأب حين قال : يستأذنها أبوها . انظر : فتح الباري (١٩٣/٩) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : شرح السنة للبغوي (٣٧/٩) .

(٤) هو : أحمد بن يحيى بن يسار الشيباني ، مولاهم البغدادي ، كنيته أبو العباس ، ولد سنة مائتين هـ ، كان إماما في اللغة والحديث ، قال الخطيب : كان ثقة ثبتا ، حجة ، صالحا ، مشهورا بالحفظ ، مات سنة ٢٩١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٢٩٠ ، البداية والنهاية (٩٨/١١) - وبغية الوعاة (٣٩٦/١) .

(٥) هو محمد بن زياد النحوي اللغوي ، أبو عبد الله بن الأعرابي ، كان إماما في اللغة ، والنحو ، نسابة ، كثير السماع والرواية ، قرأ على المفضل الضبي ، وجالس الكسائي ، ولد سنة ١٥٠هـ ، وتوفي سنة ٢٣١هـ انظر : الأعلام (٣٦٥/٦) ، إنباه الرواة للقفطي (١٢٨/٣ ، ١٣٨) ، نزهة الألباب ص ٢٠٧ : ٢١٢ - ووفيات الأعيان (٦٢٣/١ ، ٦٢٤) .

(٦) انظر : لسان العرب مادة (يتم) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن العمل بالمنطوق المتفق عليه أولى من الاستدلال بمفهوم المخالفة المختلف فيه ، وذلك لأن الأحناف لا يعتبرون مفهوم المخالفة طريقا من طرق الاستدلال . انظر : أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ١٤٨ .

٢٠٩٣٤ - قالوا : كل من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها عليه لم يفتقر إلى رضاها ، ودليله : البكر الصغيرة ، وعكسه : الثيب [١] .

٢٠٩٣٥ - قلنا : [لا نسلم أن نكاح البكر لا يفتقر إلى نطقها ؛ لأن أخاها لو زوَّجها في حياة الأب لم يجز إلا بنطقها ، وقولهم] [٢] : إن نكاحها لا يفتقر إلى نطقها مع قدرتها عليه غير مسلم ؛ لأن النطق يسقط عندنا في البكر لتعذره وحصول المشقة فيه ، وهذا المعنى فهم بالشرع ودلت عليه العادة ، وقد يسقط الشيء تارة لأنه لا يقدر عليه وتارة للمشقة وإن كان يقدر عليه .

٢٠٩٣٦ - بدلالة : المسافر إذا كان معه ماء وهو يخاف العطش ، والمعنى في الصغيرة : أن رضاها [لا يعتبر في سائر العقود ، كذلك لا يعتبر في نكاحها .

٢٠٩٣٧ - أو نقول : لم يعتبر رضاها في العقد على أمتها] [٣] فلم يعتبر في العقد على نفسها ، ولما اعتبر رضا البالغة في العقد على أمتها كذلك في العقد على نفسها .

٢٠٩٣٨ - أو : لأنها لا تملك المطالبة بالعقد فلم يعتبر رضاها ، ولما ملكت هذه المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها [٤] .

٢٠٩٣٩ - قالوا : باقية على بكارة الأصل ، فوجب ألا يعتبر إذنها في تزويج الأب .

٢٠٩٤٠ - أصله : قبل البلوغ .

٢٠٩٤١ - قالوا : باقية على بكارة الأصل ؛ لأن الشافعي ﷺ قال : إن البكارة قد تذهب ثم تعود ، فإذا عادت لم يكن لها حكم الأبكار [٥] .

٢٠٩٤٢ - قلنا : الصغيرة لا يعتبر إذنها لصغرها ، وهذه علة موجودة في الأصول ،

---

(١) انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « ولأن كل نكاح لم يفتقر إلى الإذن بالنطق لم يفتقر إلى الإذن كالصغيرة وعكسه الثيب » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة في عدم رضاها في النكاح قياس غير صحيح ، وذلك لأن الصغيرة لا يعتبر رضاها في سائر العقود فلا يعتبر في النكاح ، أما البكر فلما اعتبر رضاها في سائر العقود اعتبر كذلك في النكاح ، كما أن الصغيرة لا تملك أن تطالب وليها بعقد النكاح فلم يعتبر رضاها ، أما البكر لما ملكت المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) .

(٥) أي : أن الأب يجبر البكر على النكاح ، قياسا على إجباره لها قبل البلوغ . انظر : الأم (١٨/٥) .

بدليل سائر الولايات ، فتعليل الأصل بما يؤثر في الولاية بإجماع أولى من تعليله بما لا تأثير له في الأصول .

٢٠٩٤٣ – ولأن تخصيص نكاح الأب لا معنى له ؛ لأن من ولي الأب عليها ولي غيره عليها ، ومتى سقطت ولاية الأب عنها سقطت ولاية غيره ، والمعنى في الصغيرة ما قدمنا (١) .

٢٠٩٤٤ – قالوا : ما لا يعتبر في نكاح الصغيرة لا يعتبر في نكاح البكر (٢) البالغة أصله : النطق (٣) .

٢٠٩٤٥ – قلنا : لا نسلّم الأصل ؛ لأن النطق عندنا معتبر في نكاح البكر إذا زوجها غير الولي .

٢٠٩٤٦ – ولأن النطق قد سقط فيما يعتبر فيه الرضا ، بدلالة : سقوط حق الشفيع إذا سقط عن المطالبة ، وسقوط الحق عن الرد بالعيب إذا عرض المشتري السلعة على البائع والإباحة (٤) لا يعتبر فيها النطق إذا قدم الرجل طعامه إلى غيره ورضاه معتبر (٥) .

٢٠٩٤٧ – قالوا : الولاية إذا لم تزل بالبلوغ على الإطلاق فإنه لا يزول شيء منها ، أصله : المجنون إذا بلغ (٦) .

٢٠٩٤٨ – قلنا : إن كنتم تعنون بهذا جواز قبض الأب مهرها فما ذاك بالولاية وإنما هو بالوكالة ، بدلالة : أن لها منعه من القبض ، ولهذا يقبضه قبل البلوغ [مع الثيوبة

---

(١) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة قياس غير صحيح ؛ لأن الصغيرة لا تملك المطالبة بالعقد فكان له إجبارها بخلاف البكر ، فإنها لما ملكت المطالبة بالعقد اعتبر رضاها ولم يكن له إجبارها . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٥/٣) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن النطق بما أنه لا يعتبر في الصغيرة ، فلا يعتبر في الكبيرة . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة في النطق قياس غير صحيح ؛ لأن النطق عندنا معتبر في نكاح البكر إذا زوجها غير الولي ، ولأن النطق قد يسقط فيما يعتبر فيه الرضا . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٦) أي : أن ولاية الأب على البكر البالغة لا تزال باقية عليها ، قياسا على ثبوت الولاية على المجنون . انظر : نهاية المحتاج (٢٣٧/٧) .

ولا يقبضه بعد البلوغ] [١] إذا وطئت بشبهة [٢] .

٢٠٩٤٩ – قالوا : ولاية متعلقة بنكاح صغيرة فوجب ألا تزول بالبلوغ ، كالولاية في طلب الكفاءة [٣] .

٢٠٩٥٠ – قلنا : طلب الكفاءة ليس بولاية ، وإنما يستوفي الولي بالمطالبة حق نفسه ليدفع عنها الشين ، ألا ترى : أنها إذا كانت بالغة ثيبًا فرضيت بترك الكفاءة ثبت له المطالبة ، ولو كان ذلك من حيث الولاية عليها سقط برضاها [٤] .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : إذا أراد الشافعية ثبوت الولاية على البكر البالغة في « قبض المهر » فما ذلك بالولاية وإنما بالوكالة ، بدليل أن لها منعه من قبضه بعد البلوغ . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٣) أي : أن ولاية الإجبار على البكر البالغة لا تسقط عنها قياسا على الولاية في طلب الكفاءة . انظر : شرح روض الطالب مع أسنى المطالب (١٣٩/٣) .

(٤) أي : أن قياس ثبوت الولاية على البكر البالغة على ثبوت الولاية في طلب الكفاءة قياس غير صحيح ؛ لأن طلب الكفاءة ليس بولاية ، وإنما يستوفي الولي حق المطالبة ليدفع الشين عن نفسه . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٤/٣) . الترجيح : وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في إجبار البكر البالغة على النكاح ، واستعرضنا أدلة كل مع المناقشة ، نرى – والله أعلم – أن الراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل بثبوت الإجبار على البكر البالغة ، وذلك لقوة الأدلة ، ولأن أدلة المعارضين لرأي الجمهور حملوها تأويلات بعيدة لا تقوى على معارضة أدلة الجمهور لصراحتها .

تزويج الثيب الصغيرة

٢٠٩٥١ – قال أصحابنا : يجوز للولي أن يزوج الثيب الصغيرة [١] .

٢٠٩٥٢ – وقال الشافعي : لا يجوز تزويجها حتى تبلغ [٢] .

٢٠٩٥٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [٣] . « والأيم التي لا زوج لها » [٤] .

٢٠٩٥٤ – فإن قيل : إطلاق الأيم والأرملة [٥] [التي لا زوج لها] [٦] يتناول الكبيرة .

٢٠٩٥٥ – قلنا : غير مسلَّم ، بل يتناول الجميع ، بدلالة قوله ﷺ : « إلا أبو أيم ينكحها عثمان » [٧] ولم يقصد بذلك الكبار خاصة .

٢٠٩٥٦ – وقال الشاعر :

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٢/٤) – بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) – مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٥/١) – حاشية ابن عابدين (٦٥/٣) – شرح فتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) – البحر الرائق (١١٨/٣) ، ويقول ابن عابدين رحمه الله : « وللولي إنكاح الصغير والصغيرة جبرا ولو ثيبا » اهـ .

(٢) انظر : الأم (١٨/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، المجموع (١٨٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٦/ ٢٢٩) ، مغني المحتاج (١٤٩/٣) ، روض الطالب (١٢٧/٣) ، يقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن » اهـ . وأما المالكية : فيرى الإمام مالك رحمه الله إجبارها ، كمذهب الإمام أبي حنيفة . وأما المتأخرون من المالكية ، فلهم ثلاثة أقوال ، أولها : للأب إجبارها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، ثانيها : يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ، ثالثها : لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام . انظر : بداية المجتهد (٦/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٩٠/٢) . وأما الحنابلة : فلهم في المسألة روايتان : إحداهما : جواز الإجبار ، والأخرى : المنع من ذلك حتى تبلغ . انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٣/٢) ، المقنع (١٥/٣) . وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب المفهوم من قوله ﷺ : « تستأمر اليتيمة في نفسها » فيفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، فدليل الخطاب معارض لعموم قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » حيث يتناول البالغ وغير البالغ . انظر : بداية المجتهد (٨/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ . (٤) انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(٥) هي التي لا زوج لها ، وقد أرملت المرأة ، أي مات زوجها . انظر : مختار الصحاح مادة (رمل) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) سبق تخريجه .

٢٠٩٥٧ – ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف [١] .

٢٠٩٥٨ – ولم يقصد تخصيص الكبار .

٢٠٩٥٩ – فإن قيل : قوله [وأنكحوا] أمر فيحمل على الوجوب ، ولا يجب على الولي التزويج إلا بمطالبتها بعد بلوغها [٢] .

٢٠٩٦٠ – قلنا : إنما لا يجب عليه تزويج الكبيرة إلا بمطالبتها ، فأما الصغيرة فإن كان الحظ لها في تزويجها كشرف الزوج أو لكثرة المهر ، وجب عليه أن يعقد ، ولم يسعه تفويت ذلك عليها . كما لا يسعه تفويت مصالحها ، ويدل عليه : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » [٣] ولم يفصل [٤] .

٢٠٩٦١ – فإن قيل : لا نسلم أن ههنا نكاحًا .

٢٠٩٦٢ – قلنا : الاسم ثبت باللغة ، فإذا ثبت الاسم تبعه الحكم ، ولأن من ملك الأب التصرف في مالها ملك في تزويجها كالبكر [٥] .

٢٠٩٦٣ – فإن قيل : الولاية في المال قد تنفرد عن التزويج .

٢٠٩٦٤ – قلنا : في حق الأب [٦] لا تنفرد ؛ لأن كل أب يلي في المال ، يلي في التزويج [٧] ، وقد يلي الأب في نكاح البالغ عندهم [٨] وإن لم يل في مالها ، فصارت ولاية النكاح أوسع . فثبوتها للأب الولي في المال أولى .

٢٠٩٦٥ – ولأنها أحد نوعى الولاية فجاز أن تثبت للأب على الثيب الصغيرة ، كولاية المال .

---

(١) لم نقف على قائل هذا البيت إلا أننا قد وجدناه في المغني لابن قدامة (٤٤٥/٦) ، وفي شرح فتح القدير على الهداية (١٨٥/٣) حيث استشهد كل منهما بالبيت على أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد . والشاهد من الآية ، والحديث ، والبيت هو : أن الأيم وردت عامة ولم يفصل بين الكبيرة أو الصغيرة ولا بين الثيب والبكر .

(٢) أي : أن الصغيرة لا تملك المطالبة بالعقد إلا بعد البلوغ ، فلا يزوجها حتى تبلغ . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٣) سبق تخريجه . انظر : البحر الرائق (١١٨/٣) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٥٢/٢ ، ٥٣ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الأيم] ، ولا وجه له .

(٧) في (م) : [النكاح] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢٠٩٦٦ - ولأنه ليس لها قول في نفسها فملك الأب تزويجها بولايته [١] كالبكر .

٢٠٩٦٧ - ولأن كل حال يملك الأب تزويج المجنونة ملك تزويج الصغيرة ، أصله : حال البكارة .

٢٠٩٦٨ - ولأن الصغر حال لثبوت الولاية ، فاستوى فيه البكر والثيب بحال الرق .

٢٠٩٦٩ - ولأنها لا تملك المطالبة بالعقد [فملك الأب أن] [٢] يعقد عليها بولايته كالبكر .

٢٠٩٧٠ - ولأنه عقد بعوض فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة ، كالبيع والإجارة .

٢٠٩٧١ - [فإن أسقط ذكر الأب فعل] [٣] فجاز أن يملك على الحرة الصغيرة الثيب حتى لا يقولوا بموجبه في الأمة ؛ لأن للثيوبة معنى في المولى [٤] عليه لا يوجب انتقال الولاية إليه فلا يوجب زوال الولاية عنه ، أصله : فوات الأعضاء .

٢٠٩٧٢ - ولا يلزم العتق ؛ لأنه لا يسقط الولاية [عن الصغيرة] [٥] وإنما تنتقل من الولي إلى العصبة .

٢٠٩٧٣ - ولأن الأب يجوز له تزويج أمتها ، فجاز له تزويجها ، أصله : البكر [٦] .

٢٠٩٧٤ - فإن قيل : المعنى في البكر إنها لم تختبر المقصود بالعقد وهو الجماع فلذلك أجبرت ، والثيب قد اختبرت المقصود بالعقد فلم يجز إجبارها [٧] .

٢٠٩٧٥ - قلنا : اختبارها لما لم يؤثر في جواز تصرفها لم يؤثر في انقطاع الولاية عنها ، كما أنها لو اختبرت المال وعرفت التصرف فيه لم تزل الولاية عنها ؛ لأن اختبارها لم يؤثر في جواز تصرفها [٨] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ن) ، (ع) [فملك الإنسان] .

(٣) ثابتة في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأنها زيادة في النسخ لعدم استقامة معناها بين الكلام .

(٤) في (ن) : [الولاء] . (٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أي : أن ولاية المال لا تنفرد عن ولاية النكاح في حق الأب ، فكما يلي الأب في مال الصغيرة ثيبا كانت أو بكرا فإنه يلي في نكاحها . انظر : المبسوط (٤/٢١٥ ، ٢١٦) .

(٧) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على البكر البالغة قياس غير صحيح ؛ لأن البكر لما لم تختبر الرجال أجبرت على النكاح ، أما الثيب فإنها قد اختبرت المقصود من العقد ، فلم يجز إجبارها . انظر : المهذب (٢/٤٨) .

(٨) أي : أن اختبار الثيب للرجال لم يؤثر في جواز تصرفها ، فلا يؤثر في انقطاع الولاية عنها . انظر : =

٢٠٩٧٦ - فإن قيل : البكر لم يحدث فيها معنى لو حدث في الكبيرة أثر في الولاية ، والثيب حدث فيها معنى لو حدث في الكبيرة أثر في صفة إذنها [1] .

٢٠٩٧٧ - قلنا : صفة الإذن تختلف بالمشقة التي تلحق بإظهار نكاحها ، فهو كالخرس المؤثر في صفة إذنها حال الكبر .

٢٠٩٧٨ - ولأن من جاز للأب تزويجها [إذا كانت بكرا جاز تزويجها] [2] وإن كانت ثيبا ، كالمجنونة والغلام [3] .

٢٠٩٧٩ - فإن قيل : المجنونة ليس لزوال جنونها حال تنتظر ، فحكم تزويجها حكم الأمة ، والثيب لزوال صغرها وقت يترقب [4] .

٢٠٩٨٠ - قلنا : يبطل بالبكر [5] .

٢٠٩٨١ - فإن قيل : المعنى في الغلام أنه لا يفوت عليه بالنكاح غرضا ؛ لأنه يتخلص منه متى شاء ، والثيب تسترق بالنكاح فلا تقدر على التخلص منه [6] .

٢٠٩٨٢ - قلنا : الغلام وإن قدر أن يتخلص من العقد فما يقدر أن يتخلص من أحكامه .

٢٠٩٨٣ - وأما الثيب فهي تسترق بالنكاح كما تسترق البكر ، فلم منع ذلك نكاح

= المبسوط (٢١٥/٤) .

(١) أي : أن البكر الصغيرة لازالت على بكارتها التي لو زالت في الكبيرة أثر ذلك في عدم ثبوت الولاية عليها ، كذلك الثيب الصغيرة ، فزوال بكارتها لو حدث لها حال الكبر أثر زوالها في صفة إذنها فيعتبر نطقها في النكاح . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير ٢٦٤/٣ .

(٤) أي : أن قياس الصغيرة على المجنونة في الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الصغيرة ينتظر بلوغها بخلاف المجنونة ، فليس لإفاقتها وقت ينتظر . يقول الإمام الشيرازي في النكت : « الجنون غايته غير منتظرة ، فلم يكن في تزويجها افتيات ، ولزوال الصغر غاية منتظرة ، فكان في تزويجها افتيات ، فهو كتزويج النائمة » .

(٥) أي : أن عدم ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة يبطل بالبكر ، حيث تثبت ولاية الإجبار عليها عند الشافعية . انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على الغلام في ثبوت ولاية الإجبار عليه قياس غير صحيح ؛ لأن الغلام يستطيع أن يتخلص من النكاح بالطلاق متى شاء بخلاف الثيب فإنها تسترق بالنكاح . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٩/٦) .

الثيب الصغيرة ولم يمنع نكاح الثيب الكبيرة (١) .

٢٠٩٨٤ - احتجوا : بما روى أبو داود بإسناده ، عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن » .

٢٠٩٨٥ - قالوا : يا رسول الله وما إذنها ؟ قال : « أن تسكت » (٢) .

٢٠٩٨٦ - الجواب : أن المراد بالثيب الكبيرة ، بدلالة : أنه جمع بينها وبين البكر في وجوب الاستئذان ، وخالف بينهما / في صفة الإذن ، والبكر التي تستأذن الكبيرة ، كذلك الثيب (٣) . ٢٣٥/ب

٢٠٩٨٧ - ولأن النبي ﷺ لا يجوز أن يعلق الحكم بغاية وهو لا يتعلق بها حتى يتقدم عليها غاية أخرى ، ومعلوم أن الصغيرة الثيب لا يتعلق جواز النكاح بإذنها حتى يتقدم عليها علة البلوغ ، والبالغة يتعلق الحكم بإذنها فعلم أن المراد بالخبر البالغة دون الصغيرة (٤) .

٢٠٩٨٨ - قالوا : روى ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » (٥) .

٢٠٩٨٩ - قلنا : هذا محمول على الثيب الكبيرة ؛ لأن الصغيرة له معها أمر في مالها بالإجماع ، ويجوز أن يقال : المراد به (٦) أن الولي ليس له ضم الثيب إلى نفسه وحفظها وله ذلك في البكر ، وهذا يتناول الكبيرة ، فأما الصغيرة فله أن يضمها إلى نفسه بكرا كانت أو ثيبا .

٢٠٩٩٠ - ولأن قوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها » . يتناول الكبيرة ؛ لأنه أثبت لها حقًّا وجعلها أولى من الولي في ذلك الحق ، وهذا لا يكون مع الصغيرة بالإجماع (٧) .

---

(١) أي : أن الغلام إن تخلص من النكاح فلا يستطيع أن يتخلص من أحكامه كالنفقة وثبوت النسب . انظر : حاشية ابن عابدين (٥٥/٣) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) أي : أن المراد بالثيب في الحديث « الكبيرة » ، بدلالة الجمع بينها وبين البكر في وجوب الاستئذان ، والبكر التي تستأذن الكبيرة فكذلك الثيب . انظر : شرح فتح القدير (٢٦٣/٣) .

(٤) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١١٤/٧) .

(٥) سبق تخريجه . (٦) ساقطة من (م) .

(٧) أي : أن المراد بالثيب في الحديث الذي رواه ابن عباس : هي الكبيرة لأن الصغيرة للأب عليها ولاية في=

٢٠٩٩١ - قالوا : الخبر يقتضي ثبوت الحق لها ، وإن لم يجز تصرفها فيه [كما ثبت الملك لها وإن لم تتصرف فيه] [١] .

٢٠٩٩٢ - قلنا : الولي حقه في التصرف ، فقد أثبت لها ذلك الحكم وجعلها مقدمة فيه ، ويستحيل أن تكون أحق بالتصرف في نفسها [٢] ولا يجوز تصرفها [٣] .

٢٠٩٩٣ - قالوا : حرة سليمة ذهبت بكارتها بالجماع ، فوجب ألا تجبر على النكاح ، كالثيب الكبيرة [٤] .

٢٠٩٩٤ - قلنا : قولكم « سليمة » احتراز من المجنونة ، فليس له تأثير ؛ لأن الولاية تثبت على الصغيرة والمجنونة على وجه واحد ، فإذا جاز تزويج الثيب المجنونة ، كذلك الصغيرة .

٢٠٩٩٥ - وقولهم : « ذهبت بكارتها بالجماع » لا تأثير له ؛ لأن العذرة لو ذهبت بظفر ثم وطِئها وهي ثيب لم يجز تزويجها ، والمعنى في الكبيرة أن الولي لا يملك العقد على أمتها فلم يملك العقد عليها بغير إذنها ولما ملك في مسألتنا تزويج أمتها ملك تزويجها .

٢٠٩٩٦ - أو نقول : المعنى فيها أنها تملك التصرف في مالها [فلم يملك الأب إجبارها ، ولما ملك هذا التصرف في مالها] [٥] ملك الأب تزويجها كالبكر [٦] .

=مالها ، فكذلك له الولاية عليها في النكاح ، أما الثيب الكبيرة فهي أحق بنفسها من وليها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . أي : أن قوله ﷺ « الأيم أحق بنفسها من وليها » يثبت لها حقا ، ولكنها لا يمكن لها أن تتصرف في هذا الحق قياسا على عدم تصرفاتها المالية . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن ثبوت حق الولي في التصرف ، أما الأيم فلقد أثبت لها حقًّا وجعلها مقدمة في هذا الحق على وليها ، ويستحيل أن يكون لها حق وتمنع من التصرف . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(٤) أي : أن الثيب الصغيرة حرة وليست بمجنونة ، فوجب ألا يجبرها أحد على النكاح حتى تبلغ ، قياسا على عدم إجبار الثيب الكبيرة . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها حرة سليمة موطوءة في القبل فأشبهت الكبيرة » اهـ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على الثيب الكبيرة قياس غير صحيح ، وذلك لأن الثيب الكبيرة لا يملك الولي تزويج أمتها فلم يملك تزويجها ، بخلاف الثيب الصغيرة لما ملك الولي تزويج أمتها ملك تزويجها ، كما أن الثيب=

٢٠٩٩٧ - قالوا : كل معنى يؤثر في الولاية حال الكبر يؤثر فيها حال الصغر ، كالعتق [١] ، [ومعلوم أن الثيوبة تؤثر في حال الكبر ، فتؤثر فيها حال الصغر كالعتق .

٢٠٩٩٨ - ولأنها تنقل إذنها من السكوت إلى النطق وتمنعه من قبض مهرها] [٢] .

٢٠٩٩٩ - قلنا : الثيوبة ما أثرت في الولاية عندنا ؛ لأن البالغة لا ولاية له عليها ، وإنما تختلف بالثيوبة صفة إذنها وتوكيلها بقبض مهرها فيكون الإمساك في البكر توكيلا ، ولا يكون في الثيب حتى توكله بقولها .

٢١٠٠٠ - ثم العتق لا يؤثر في الولاية ، وإنما يعتبر فيه صفة الولي فإن لم يكن للمعتقة عصبة فالمولى وليها ، وإن كان لها عصبة ، فالولاية عليها بحالها للعصبة ، والكلام في هذه المسألة في زوال الولاية عن الثيب وليس الكلام في إسقاطها من ولي إلى ولي [٣] .

٢١٠٠١ - قالوا : لا يجوز له تزويجها بعد البلوغ بغير إذنها ، فلم يجز له تزويجها قبله [بغير أمرها] [٤] ، كالأجنبي [٥] .

٢١٠٠٢ - قلنا : ينعكس بالغلام ، فإن الأب لا يملك تزويجه [بعد البلوغ بغير أمره ويملك تزويجه] [٦] قبله ، والمعنى في الأجنبي : أنه لا يملك تزويجها لو كانت بكرا ،

=الكبيرة تملك التصرف في مالها بنفسها ، فلا يملك الأب إجبارها بخلاف الثيب الصغيرة لما لم يمكن لها التصرف في مالها بنفسها ملك الأب إجبارها على النكاح كالبكر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(١) العتق لغة : القوة ، يقال : عتق الطائر إذا قوي على الطيران ، وشرعا : زوال الرق عن المملوك . راجع الاختيار (٦٧/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . والمعنى أن الثيوبة تؤثر في حال البكر ، فلا تجبر الثيب الكبيرة على النكاح ، فكذلك تؤثر في حال الصغر ، فلا تجبر الثيب الصغيرة حتى تبلغ . يقول الإمام الشيرازي في النكت : « ولأن كل ما يؤثر في الولاية حال الكبر ، يؤثر في حال الصغر ، كالعتق » .

(٣) أي : أن الثيوبة لا تؤثر عند الأحناف في إسقاط الولاية أو عدم إسقاطها بل تؤثر عندهم في صفة الإذن ، فيكون السكوت من البكر توكيلا ، ولا يكون من الثيب حتى توكله بقولها ، والكلام في المسألة التي نحن بصدد الحديث عنها في إسقاط الولاية عن الثيب الصغيرة ، وليس في انتقالها من ولي إلى ولي . انظر : شرح فتح القدير (٢٦٢/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن الولي لا يملك تزويج الثيب الكبيرة بعد البلوغ ، فلم يملك تزويجها قبله قياسا على الأجنبي في عدم ثبوت ولايته عليها مطلقا . انظر : شرح روض الطالب مع أسنى المطالب (١٢٧/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

[ولما ملك الأب تزويجها لو كانت بكرا] [١] ملكه لو كانت ثيبا كمولى الأمة [٢] .

٢١٠٠٣ - قالوا : حرة سليمة موطوءة في القبل ، فوجب ألا يجوز لأبيها تزويجها بغير إذنها ، أصله : إذا كانت بالغة [٣] .

٢١٠٠٤ - قلنا : الوطء ليس له تأثير في زوال الولايات بدلالة الولاية في المال .

٢١٠٠٥ - وقولهم : فلا يجوز لأبيها تزويجها بغير إذنها لا يصح لأن هذا لا يقال فيمن لها إذن ، والمعني في البالغة ما قدمنا .

٢١٠٠٦ - قالوا : المقصود بالنكاح الجماع ، بدلالة : أنه لا يجوز نكاح من [٤] لا يجوز وطؤها ، وإذا وجدت المرأة الزوج [٥] مجبوبًا ثبت لها الخيار ، فهذه لما وطئت فقد عرفت المقصود واختبرت الرجال ، فوجب ألا تجبر عليه كالبالغة [٦] .

٢١٠٠٧ - قلنا : إذا عرفت الجماع فهي إليه أحوج من البكر ، ثم لا يمكن تزويجها بإذنها [فيجب أن يجوز تزويجها بغير إذنها] [٧] .

٢١٠٠٨ - وإن قالوا [٨] : نريد « باختبار الرجال » زوال الحياء بطل بمن وطئت في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) المعنى : أن قياس ولي الثيب الصغيرة على الأجنبي في عدم ثبوت ولايته وعدم إجباره للثيب الصغيرة على النكاح قياس غير صحيح ، وذلك لأن الأجنبي لم يملك تزويجها وهي بكر فلم يملك تزويجها وهي بكر ملك تزويجها وهي ثيب قياسًا علي مولي الأمة . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٥/٣ ، ٦٦) .

(٣) أي : أن الثيب الصغيرة حرة وسليمة ، أي غير مجنونة ، فلا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ قياسا على البالغة الثيب في عدم إجباره لها على النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : حرة سليمة موطوءة في القبل فأشبهت الكبيرة . والمعنى أن الوطء لا يؤثر عندنا في إسقاط الولايات ، بدلالة ثبوت الولاية في مال الثيب الصغيرة ، أما الثيب البالغة فلما ملكت تزويج أمتها ملكت تزويج نفسها وكذلك لما كان لها مطلق التصرف في مالها بنفسها لم يكن لأحد ولاية عليها في إجبارها على النكاح . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) : [الرجل] .

(٦) أي : أن الثيب الصغيرة لما عرفت المقصود بالنكاح وهو الجماع ، فوجب ألا تجبر عليه ، بدلالة : المرأة التي وجدت زوجها مجبوبا . أي مقطوع الذكر يثبت لها الخيار . انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [كانت] ، ولا وجه له .

أي : أن الثيب الصغيرة قد زال حياؤها بممارسة الرجال ، فلا تجبر على النكاح . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٤/٩) .

الموضع [١] المكروه ، فإن الأب يزوجها وإن اختبرت الرجال .

٢١٠٠٩ - قالوا : هذه لا تشاور في الحال وترجى مشاورتها [٢] ، فصارت كالنائمة [٣] .

٢١٠١٠ - قلنا : يبطل بالمجنونة إذا كانت تفيق في أوقات معلومة جاز تزويجها حال جنونها [٤] وإن كانت ترجى مشاورتها .

٢١٠١١ - والمعنى في النائمة والمغمى عليها : أنهما من أهل الإذن ، بدلالة أنه يجوز أن يعقد عليهما النكاح في الحال بأمرهما إذا كانتا قد أذنتا قبل النوم ، وفي مسألتنا ليست من أهل الإذن ، بدلالة : أنه لا يجوز أن ينعقد النكاح عليها [٥] بأمرها فجاز أن ينعقد عليها بغير إذنها [٦] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [المحل] ، ويقصد بالموضع المكروه الوطء في الدبر ، فهذه يزوجها الأب ، وإن اختبرت الرجال ، وكراهة الوطء في الدبر كراهة تحريم لا تنزيه عند الجمهور .

(٢) المشاورة : المراد بها استخراج الرأي . انظر : مختار الصحاح مادة « شور » .

(٣) أي : أن الثيب الصغيرة ترجى مشاورتها ومعرفة رأيها في النكاح ، ولا رأي لها لصغر سنها ، فصارت كالنائمة ، فلا يجوز إجبارها على النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولزوال الصغر غاية منتظرة ، ففي تزويجها افتيات ، فهو كتزويج النائمة » اهـ .

(٤) في (م) : [حياتها] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على النائمة في عدم الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ، بدلالة : أن النائمة أو المغمى عليها يجوز نكاحها بعد الاستيقاظ من النوم والإفاقة من الإغماء ، إذا كانتا من أهل الإذن قبل النوم أو الإغماء ، بخلاف الثيب الصغيرة ، فهي ليست من أهل الإذن ، ولذلك ملك الأب تزويجها .

مسألة ١٠٣٢

ولاية الفاسق

٢١٠١٢ - قال أصحابنا : الولي الفاسق إذا زوج ابنته جاز [(١)] .

٢١٠١٣ - وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

٢١٠١٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾ [(٣)] .

٢١٠١٥ - وقوله : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [(٤)] ، ولم يفصل بين العدل والفاسق .

٢١٠١٦ - ولأنه يملك قبول النكاح لنفسه بنفسه ، فملك الإيجاب ، كالعدل .

٢١٠١٧ - ولأن الإيجاب أحد شطري العقد ، فجاز أن تملكه الفاسق ، كالقبول [(٥)] .

٢١٠١٨ - فإن قيل : تصرفه في حق نفسه لا يجوز أن يعتبر بتصرفه في حق غيره ، بدلالة : أن الفاسق ينفذ تصرفه [في مال نفسه] [(٦)] ولا ينفذ في حق غيره ، وهو ولده [(٧)] .

---

(١) انظر : المبسوط (٣١/٥) - بدائع الصنائع (٢٣٠/٢) - حاشية ابن عابدين (٥٤/٣) - شرح فتح القدير (٢٠١/٣) - البحر الرائق (١٠٩/٣) يقول ابن عابدين ﷺ : « وحاصله أن الفسق وإن كان لا يسلب الأهلية عندنا لكن إذا كان الأب متهتكا لا ينفذ تزويجه إلا بشرط المصلحة » .

(٢) انظر : الأم (١٥/٥) ، المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٢/١٦) - ومغني المحتاج (١٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٨/٣) - وشرح روض الطالب مع أسنى المطالب (٢١٣/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٣٢/٦) ، يقول الإمام الشيرازي - ﷺ - في كتاب المهذب : « وإن خرج عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء » . ويرى المالكية في المشهور عندهم : أن العدالة ليست بشرط في الولاية . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٣/٢) ، بداية المجتهد (١٣/٢) . وللحنابلة روايتان : الأولى : أنه لا ولاية لفاسق في النكاح ، كما هو مذهب الشافعية ، والثانية : أن الفاسق يلي في نكاح ابنته ، كما هو مذهب الأحناف والمالكية . يقول ابن قدامة في كتابه المقنع ، وهل يشترط بلوغه وعدالته ، على روايتين . انظر : المقنع لابن قدامة (٢١/٣) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ . (٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) ولقد بينا معنى كل من الإيجاب والقبول فراجعه إن شئت ، ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الأمر بإنكاح الأيامى فيها ورد بما ما لم يفصل بين العدل والفاسق فوجب حمله على عمومه . انظر : حاشية ابن عابدين (٥٤/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن جواز تصرف الفاسق في حق نفسه ، لا يجعل له الحق في التصرف في حق غيره بدلالة عدم ثبوت تصرفه في حق ولده . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها ولاية في حق الغير فنفاها الفسق » .

٢١٠١٩ - قلنا : تصرفه في حق ولده في المال لا ينفذ ؛ لأن الخيانة فيه تخفي ، فلا يؤمن أن يتم عليها ضرر ، والخيانة في النكاح تظهر ولا تخفي ، فيمتنع من إتمامها فلذلك افترقا .

٢١٠٢٠ - ولأن الفاسق لا يتهم في حق ولده ؛ لأن الفساق يبالغون في طلب الكفاءة وزيادة المهر مالا يبالغ العدول ، فلم نسلم لهم التهمة .

٢١٠٢١ - ولأن الأب يملك التزويج بولاية خاصة ، فاستوي فيه العدل والفاسق . ولا يلزم : الحاكم ؛ لأنه يملك بولاية عامة ولأنه عصبة له قول صحيح ، فملك التزويج كالعدول .

٢١٠٢٢ - ولأنه يملك تزويج أمته ، فملك تزويج بنته كالعدل (١) .

٢١٠٢٣ - فإن نازعوا في الوصف ، دللنا عليه : بأنه عقد يتضمن المنافع ، كالإجارة .

٢١٠٢٤ - ولأنه عقد بعوض فملكه الفاسق في أمته ، كالبيع (٢) .

٢١٠٢٥ - وقد قال الشافعي : إن الفاسق لا يجوز أن يزوج بوكالة (٣) ، فلا معنى لكلامنا معه في الوكالة ، بل يدل على الوكالة فنقول : [إن الفاسق لا يمنع التصرف بالوكالة ، كالبيع .

٢١٠٢٦ - ولأن الرق يؤثر في التصرف مالا يؤثر فيه الفسق بدلالة أن العبد لا يملك تزويج نفسه] (٤) والفاسق يملك ذلك ، فإذا جاز أن يكون العبد وكيلا فالفاسق أولى (٥) .

٢١٠٢٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (٦) والعدل صفة تتناول الولي والشاهدين .

---

(١) أي : أن الفاسق منع من التصرف في مال ولده ؛ لأن الخيانة في المال تخفي ولا تظهر بخلاف الخيانة في النكاح فإنها تظهر ولا تخفي ، فافترقت ولاية الفاسق في المال عن ولايته في النكاح ، كما أن الفساق يبالغون في طلب الكفاءة وزيادة المهر ما لا يبالغ العدول . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٢) أي : أنه عقد نكاح يتضمن منافع البضع قياسا على عقد الإجارة فإنه عقد على المنافع ، ولأن النكاح أيضًا عقد بعوض ملكه الفاسق قياسا على البيع . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٣) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ١١٦/٥ ، كتاب الوكالة . ولقد سبق بيان معنى الوكالة لغة وشرعا وأركانها .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٥) أي : أن قول الشافعي : إن الفاسق لا يجوز أن يزوج بوكالة ، غير مسلم به بدلالة أن الفاسق لا يمنع من التصرف بالوكالة في البيع ونحوه من العقود ، والرق يؤثر في التصرف ما يؤثر فيه الفسق ، وذلك لأن العبد لا يملك تزويج نفسه ، أما الفاسق فإنه يملك ذلك ، وإذا جاز أن يكون العبد وكيلا فالفاسق أولى . انظر : البحر الرائق (١٠٩/٣) .

(٦) سبق تخريجه .

٢١٠٢٨ - الجواب أن قوله : « وشاهدي عدل » إضافة وليست بصفة فيتناول ذلك المضاف دون غيره . ولو كان ذلك بصفة لقال وشاهدين [١] وهذا غلط فيما قاله بَـيِّـن ممن ظنه [٢] .

٢١٠٢٩ - قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، : « وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » [٣] .

٢١٠٣٠ - قلنا : هذا الحديث ذكره الدارقطني ، عن عدي بن الفضل ، عن ابن خيثم ، عن سعيد بن جبير وعدى بن الفضل ، قال يحيى بن معين : ليس بثقة [٤] ، وقال البستي [٥] ظهرت المناكير في حديثه فسقط الاحتجاج به .

٢١٠٣١ - وقال أئمة الحديث : لم ينقل في الشهادة خبر صحيح [٦] ، فكيف يقبل ما فيه هذه الزيادة المنكرة .

٢١٠٣٢ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشاهدين وولي مرشد » [٧] .

٢١٠٣٣ - قلنا : هذا الحديث لا يعرف ويحفظ [٨] منهم أن الدارقطني لم يذكره ومخالفنا يرجع إلى قول ابن المنذر ويحتج به [٩] ، فلم لا يحكى ما قاله ابن المنذر في

(١) في (ن) ، (ع) : [وشاهدي] .
(٢) ووجه الغلط أن قوله : « شاهدين » مثنى ، والمثنى إذا أضيف حذفت نونه للإضافة وجوبا فعندما أضيف إلى كلمة عدل كانت كلمة « عدل » صفة للشاهدين وليست صفة للولي .
(٣) أخرجه الدارقطني : كتاب النكاح حديث رقم ١١ (ج٣ /١٢١) والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح باب : لا نكاح إلا بولي مرشد (١٢٤/٧) .
(٤) انظر المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (١٨٧/٢) ، الكامل في الضعفاء لابن عدي (٣٧٥/٥) .
(٥) هو الإمام الحافظ : أبو حاتم ، محمد بن حيان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد بن مسهيد بن هدية ابن مرة بن سعد التميمي البستي ، صاحب التصانيف سمع النسائي والحسن بن سفيان وأبا يعلى الموصلي ، وتولى قضاء سمرقند ، وكان من فقهاء الدين وحفاظ الأثر ، مات سنة ٣٥١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٣٧٤، العبر (٣٠٠/٢) .
(٦) قال ابن المنذر : « لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر » وقال ابن عبد البر : وقد روى عن النبى- ﷺ- قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » من حديث ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة إلا أن نقله ذلك ضعفا . انظر المغني لابن قدامة (٣٤٧/٩) .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي مرشد (١٢٤/٧) .
(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) وهو : ما روي عن ابن المنذر أنه قال : سمعت أبا إسحاق يقول : سمعت محمد بن هارون يقول : سمعت محمد بن إسماعيل البخاري وقد سئل عن حديث إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبيه عن=

جملة أخبار الولي والشهود ورده بجميعها ، وحكايته أن أئمة الحديث ترك العمل بها [١] ، على أنه لو ثبت هذا الخبر لم يكن فيه دلالة لأن المرشد من فعل الإرشاد لغيره ، وقد يفعل الإرشاد لغيره من ليس برشيد في نفسه ، يبين صحة هذا ما روى أن النبي ﷺ قال للأخنس بن شريق [٢] حين بلغه أنه عاد وبنى زهرة [٣] من نفر قريش دون بلوغ بدر [٤] أرشدهم وما كان رشيدا [٥] فلم يصح الاحتجاج به .

٢١٠٣٤ – فإن قيل : مرشد اسم مدح ، ولا يتناول الفاسق [٦] .

٢١٠٣٥ – قلنا : لا يمنع أن يمدح الإنسان برشاده لغيره ، وإن ذم لنفسه ؛ لأن الإنسان يمدح من وجه ويذم من وجه [٧] .

٢١٠٣٦ – فإن قيل : مرشد معناه راشد ، كما يقال في دعاء القنوت : « إن عذابك الجد بالكفار ملحق » [٨] معناه لاحق ، وقيل : معناه من له رشد ، كما يقال : رجل ملحم إذا كان له لحم ، ومثمر إذا كان له ثمر .

=النبي – ﷺ – يقول : « لا نكاح إلا بولي » فقال : الزيادة من الثقة مقبولة وإسرائيل ثقة وأن شعبة وسفيان أرسلاه فإن ذلك لا يضر الحديث » اهـ . انظر : السنن الكبرى للبيهقي : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٠٨/٧) .

(١) حيث قال : « لا يثبت في النكاح في الشاهدين خبر » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٣٩/٩) .

(٢) هو : أبي بن عمر بن وهب الثقفي . حليف بني زهرة ، يكنى أبا ثعلبة ولقب بالأخنس ، لأنه رجع بني زهرة من بدر عندما علموا أن أبا سفيان نجا بالعير . فقيل خنس الأخنس بني زهرة فلقب بذلك . انظر : أسد الغابة (٦٠/١) الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٥/١) .

(٣) بنو زهرة : هم بطن من بطون قريش وهم أخوال النبي ﷺ ، ولقد ذكر الجوهري أن زهرة اسم امرأة كلاب فنسب ولده إليها . وذكر ابن خلدون أن زهرة ابنته . انظر العقد الفريد لابن عبد ربه (٣١٩/٣) .

(٤) بدر هو مكان يبعد عن المدينة حوالي ١٤٥كم في الجنوب الغربي ، وبهذا المكان كانت الوقعة المشهورة التي أظهر الله بها الإسلام في شهر رمضان سنة اثنتين من الهجرة . انظر : معجم البلدان لياقوت الحموي (٨٨/٢) ط دار الفكر بيروت .

(٥) انظر المغازي للواقدي (٤٤/١) ط عالم الكتب بيروت .

(٦) أي : أن قوله « مرشد » اسم مدح ، فلا يدخل فيه الفاسق . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٧) أي : أن عدم وصف الفاسق بالرشد لا يمنع أن يوصف برشاده لغيره ، وإن كان يذم هو نفسه بالفسق . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٢/٣) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : كتاب جماع أبواب الصلاة ، باب دعاء القنوت من حديث خالد بن أبي عمر مرسلا .

٢١٠٣٧ - قلنا : مرشد جاري على اسم الفاعل [١] يقال : أرشد فهو مرشد ، ورشد فهو راشد وكل فعل على وزن دحرج فاسم الفاعل منه على مفعل بكسر الحرف الثالث ، فنقول : أرشد غيره فهو مرشد ورشد فهو راشد ، وأما اسم الفاعل إذا كان معنى النسب [٢] مثل لابن ، وتامر فإنما هو مقصور على السماع [٣] وليس يلزم لذلك / ٢٣٠/أ أن يكون جاريا على فعل ، ألا ترى أنه لا فعل من لابن وتامر ، فأما ملحق فإن شئت كان على فعل من لحق فهو ملحق ، ويكون المفعول محذوف ، والمعنى : إن عذابك كان بالكفار ملحقا هوانا ، أو ما جرى هذا المجرى [٤] .

٢١٠٣٨ - قالوا : ولاية في حق الغير فوجب ألا تثبت للمسلم الفاسق ، كولاية الفاسق الحاكم [٥] .

٢١٠٣٩ - قلنا : لأن ولاية الحاكم أضعف بدليل أن الولي إذا تاب عادت ولايته ، والحاكم إذا فسق ثم تاب لم تعد ولايته ، فلم تعتبر أقوى الولايتين فأضعفهما .

٢١٠٤٠ - ومن أصحابنا من قال : إن القاضي إذا فسق فهو على ولايته فإذا حكم نفذ حكمه إلا أن يخرجه الإمام من الولاية [٦] فعلى هذا الأصل غير مسلم ، ولأن الفسق يخرج القاضي أن يكون قاضيا فيزول السبب الذي تثبت الولاية به ، فلذلك زالت الولاية : والفسق لا يزيل السبب الذي ولي الأب به وهو التعصيب [٧] مع صحة القول فلذلك لم تبطل ولايته [٨] .

---

(١) هو ما اشتق من فعل لمن قام به على معنى الحدوث كضارب ، ومكرم . انظر : شرح شذور الذهب ص ٣٨٥ .

(٢) هو زيادة ياء مشددة في آخر الاسم وقبلها كسرة لتدل على أن شيئا منسوبا لذلك الاسم المجرد منها . انظر : ضياء السالك إلى أوضح المسالك (٢٤٧/٢) .

(٣) السماعي في اللغة ، ما نسب إلى السماع ، وفي الاصطلاح : هو مالم يذكر فيه قاعدة كلية مشتملة على جزئياته . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٠٧ .

(٤) انظر : شذور الذهب ص ٣٨٥ .

(٥) أي : أن الولاية في النكاح ولاية في حق الغير ، فلا تثبت للمسلم الفاسق قياسا على عدم ثبوت الولاية للحاكم الفاسق . انظر : حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٦) أي : أن قياس الولي الفاسق على الحكم الفاسق في عدم ثبوت الولاية ، قياس غير صحيح ؛ لأن الولي إذا تاب عادت إليه الولاية بخلاف الحاكم إذا تاب ولم تعد ولايته . انظر : الاختيار (٨٢/٢) .

(٧) التعصيب : عصب رأسه بالعصابة تعصيبا ، وعصبة الرجل هم بنوه وقرابته لأبيه سموا بذلك لأنهم عصبوا به بالتخفيف أي أحاطوا به : والأب طرف والابن طرف والعم جانب والأخ جانب . انظر : مختار الصحاح مادة (عصب) . أي أن الفاسق لا يزيل السبب الذي ولي الأب به وهو التعصب .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٢٠١/٣) .

٢١٠٤١ – فإن قيل : ولاية الأب ثابتة بالتعصيب والعدالة [١] ، فالفسق يزيل السبب [٢] .

٢١٠٤٢ – قلنا : التعصيب هو السبب والعدالة عندهم شرط فزواله لا يرفع السبب ويجوز أن يقال : إن ولاية القاضي ولاية اختيار وتولية ، يستحيل أن يختار الإمام الفاسق على العدول وولاية الأب ليست ولاية اختيار وتولية فالفسق لا يرفعها كولايته في حقوق نفسه [٣] .

٢١٠٤٣ – قالوا : مسلم ليس من أهل الشهادة فلم يكن من أهل الولاية في النكاح كالعبد .

٢١٠٤٤ – قلنا : الفاسق عندنا من أهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادته نفذ حكمه [٤] ويبطل هذا على قولهم بالعبد [ليس من أهل الشهادة] [٥] وهو من أهل الولاية ، والمعنى في العبد أنه ليس بعصبة والولاية من ذوي الأنساب تستحق بالتعصيب مع صحة القول وليس كذلك الفاسق ؛ لأنه عصبة له قول صحيح كالعدل .

٢١٠٤٥ – قالوا : إحدى الولايتين لم تثبت مع الفسق كالولاية في المال [٦] .

٢١٠٤٦ – [قلنا : الفاسق ولايته] [٧] ثابتة حتى يمنعه القاضي من التصرف وكذلك الوصي الفاسق ؛ ولأن المال تخفي الخيانة فيه فلا يؤمن الفاسق عليه ، والنكاح تظهر الخيانة فيه فلا يخاف من الفاسق فيه ؛ لأنه إن خان [٨] ظهر ذلك عليه ؛ ولأن

---

(١) سبق بيان معناها وشروطها ص٣٢ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٢٠٢/٣) .

أي : أن الفسق يزيل السبب الذي ولي الأب به ، وهو التعصيب والعدالة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٣) أي : أن الفاسق ليس من أهل الشهادة لفسقه فلم يكن من أهل الولاية في النكاح قياسا على العبد في عدم ثبوت ولايته في النكاح . انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه نقص يمنع الشهادة فمنع التزويج كالرق » اهـ .

(٤) أي : أن الفاسق عندنا نحن الأحناف من أهل الشهادة ، فكان من أهل الولاية .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) أي : أن فسق الفاسق منع ولايته في المال ، فلم تثبت ولايته في النكاح . انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن إحدى الولايتين نفاها الفسق في الدين كولاية المال » اهـ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط في (م ، ن ، ع) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جاز] ، ولا وجه له .

فسق الأب لا يؤمن معه إتلاف المال ؛ فلذلك يخرج القاضي الأب من التصرف والنكاح لا يخاف من الفاسق فيه ؛ لأن الفساق يتشددون في الأنكحة وطلب الكفاءة والاستظهار في المهر أكثر من تشدد العدول فلم يتهم الفاسق في النكاح فلذلك لم يخرجه الحاكم [١] .

٢١٠٤٧ – فإن قيل : الفاسق لا يستقبح الفسق ، فلا يؤمن من أن يزوجها بفاسق مثله .

٢١٠٤٨ – قلنا : من لا يستقبح الفسق فهو كافر والفاسق [٢] يستقبح الفسق ، وإنما يقدم عليه للشهوة ولا شهوة له في [٣] تزويجها بفاسق ولا غرض فالظاهر ألا يفعل ذلك .

* * *

---

(١) أي : أن الفاسق سلبت ولايته في المال ؛ لأن الخيانة في المال تخفي ولا تظهر بخلاف الخيانة في النكاح فإنها تظهر ولا تخفي ، ولأن الفساق يتشددون في طلب الكفاءة وزيادة المهر ، أكثر من تشدد العدول ، فلا تسقط ولايتهم في النكاح . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٢/٣) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [الكافر] ، ولا وجه له .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

عضل الولي

٢١٠٤٩ - قال أبو حنيفة : إذا تزوجت المرأة بأقل من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها . (١) [وقال أبو يوسف : ليس لهم ذلك] (٢) ولا يتصور على مذهب الشافعي أن تزوج المرأة نفسها ؛ لأنها إن فعلت ذلك فالنكاح عنده باطل ، ويتصور الخلاف معه إذا طلبت من الولي أن يزوجها كفؤًا بأقل من المهر فامتنع كان عاضلا عنده (٣) ، ولم يكن عاضلا عندنا وإذا وكل الولي رجلا فزوجها ، ولم يقدر لها المهر وقدرت هي المهر ونقصت (٤) .

---

(١) انظر قول الأحناف في المبسوط (١٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٢/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) ، شرح فتح القدير (٣٠٢/٣) ، البحر الرائق (١٣٤/٣) وفيه يقول : ولو نقصت من مهر مثلها للولي أن يفرق بينهم أو يتم المهر عند أبي حنيفة وقالا : ليس له ذلك .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) انظر نهاية المحتاج (٢٣٥/٣) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٩٢/٣) ، المهذب (٤٧/٢ - ٥٠) المجموع (١٧٨/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٣/٣) . ولقد وافق المالكية والحنابلة الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر الإشراف على مسائل الخلاف (٩٦/٢ ، ٩٧) ، بداية المجتهد (١٨/٢) والإفصاح عن معاني الصحاح (١٢٢/٢) الكافي (١٦/٣) المقنع (٢١/٣) . ثم من الذي يزوج إذا عضل الولي ، خلاف بين العلماء في ذلك على رأيين : أولًا : يرى فريق منهم وهم المالكية والشافعية أنه إذا عضل الولي زوجها الحاكم ولا تنتقل الولاية لمن هو أبعد منه ، لقوله ﷺ « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولأن هذا حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين وامتنع من أدائه . ثانيا : ويرى الحنابلة : أن الولاية تنتقل إلى الأبعد ؛ لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فيملكه الأبعد ، كما لو جُنَّ القريب فإن الولاية تنتقل إلى الأبعد ولأنه يصير فاسقا بعضله فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب خمرا ، ولا يزوج الحاكم إلا إذا عضل الأولياء كلهم . انظر : بداية المجتهد (١٧/٢) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٢/٣) ، الروض المربع (٧٤/٣) .

(٤) عقد الزواج من العقود التي تقبل الإنابة فيجوز التوكيل فيه ، ويصح التوكيل من الرجل والمرأة على السواء ، عند أبي حنيفة ؛ لأنه يجيز لها أن تنشئ العقد لنفسها بنفسها . أما جمهور الفقهاء فيقولون : وليها هو الذي يتولاه عنها من غير توكيل إذ هو الذي يملك إنشاء العقد ، وإذا كان لابد من رأيها فلا حاجة إلى توكيلها ثم لا حاجة في التوكيل إلى شهادة ؛ لأن التوكيل ليس جزءا من عقد الزواج ، ولكن تستحسن الشهادة ، وذلك للاحتياط خوفا من الجحود عند النزاع ، ويصح التوكيل بالعبارة والكتابة . والوكالة في الزواج تصح مطلقة : بمعنى أن الموكل لم يعين فيها شخصا معينا ولا مهرا معينا . وتصح أيضًا مقيدة : بمعنى أن الموكل يقيد فيها الوكيل بامرأة معينة أو مهرًا معينًا أو بأحدهما ، وقد تكون من المرأة كما قد تكون من =

٢١٠٥٠ - لنا : قوله تعالى ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١) والباء تصحب البدل . فكأنه قال : بمعروف في المهر ؛ ولأنه يلحقهم الشين بنقصان المهر كما يلحقهم الشين بترك الكفاءة . فإذا ثبت لهم الاعتراض في أحد الموضعين كذلك الآخر ؛ ولأن الكفاءة يلحقهم بتركها شين ونقصان المهر يلحق به شين وضرر لأنه إذا طالت المدة لم يعلم أن ذلك نقصان . فاعتبر مهر نسائها لذلك فإذا ثبت الاعتراض فلأن يثبت للشين والضرر أولى ولأن من ثبت له الاعتراض في العوض ثبت له مقدار العوض كمولى الأمة (٢) .

٢١٠٥١ - احتجوا بقوله ﷺ : « من استحل بدرهمين فقد استحل » (٣) .

٢١٠٥٢ - قلنا : هذا يقتضي وقوع الإباحة بالعقد وإن نقص فيه المهر ، وذلك لا يدل على زوال (٤) الاعتراض ، كما أنها إذا تزوجت من غير كفء فقد استحلت وإن ثبت للولي الاعتراض .

٢١٠٥٣ - قالوا : كل من لم يملك الاعتراض في جنس المهر لم يملك الاعتراض في قدره ، دليله الأباعد من العصبات والأجانب (٥) .

=الرجل . ولقد استدل الإمام الكسائي على صحة انعقاد النكاح بالوكالة لدليلين أولهما : أن تصرف الوكيل كتصرف الموكل ، وكلام الرسول ككلام المرسل ثانيهما : ما روي من أن النجاشي زوج رسول الله ﷺ أم حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو ذلك من أنه إما أنه فعل ذلك بأمر النبي ﷺ أو ليس بأمره ، فإن فعله بأمره فهو وكيله ، وإن فعله بغير أمره فقد أجاز النبي ﷺ عقده ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ولقد بين الفقهاء أنه يجوز للزوج أن يوكل من يعقد النكاح نيابة عنه ، كما أنه يجوز أيضًا لولي المرأة أن يوكل ، فيجوز أن يكون العاقدان هما وكيلا الزوج والولي ، ويجوز أن يكونا الزوج ووكيل الولي . يقول الباجوري أحد علماء الشافعية : « وإذا وكل الزوج في العقد كما يقع كثيرا فليقل الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي موكلك فلانا ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له ، فإن ترك لفظة « له » لم يصح النكاح وإن نوى موكله ؛ لأن الشهود لا طلاع لهم على النية ، وإذا وكل كل من الولي والزوج ، فليقل وكيل الولي لوكيل الزوج : زوجت فلانا موكلك ، بنت فلان موكلي والزوج ، فليقل وكيل الولي لوكيل الزوج زوجت فلانا موكلك بنت فلان موكلي فيقول قبلت نكاحها له » . انظر : المبسوط (١٢/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣١/٢) ، حاشية البجيرمي على شرح ابن قاسم (٨٦/٢) ، وعقد الزوج وآثاره ١٧٩ - ١٨٤ .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ . (٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٢/٣) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح ، باب ما قالوا في مهر النساء واختلافهم في ذلك (١٨٦/٤) ، وفي نيل الأوطار (١٨٨/٦) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن من لم يملك الاعتراض في جنس المهر لم يملك في قدره كنساء العصبات » .

٢١٠٥٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن من أصحابنا من قال : « إنها إذا تزوجت بجنس تعاب به كالنوى وقشور الرمان ثبت لهم الاعتراض فيه ؛ لأن الشين يلحق به » . والمعنى في الأباعد أنه ليس لهم الاعتراض في الكفاءة فليس لهم الاعتراض في قدر البدل والعصبة بخلافه (١) .

٢١٠٥٥ - قالوا : بدل مستفاد بعقد يملك إسقاطه بعد العقد فوجب أن يملك بحقيقته حال العقد ، كما لو باعت سلعة من مالها .

٢١٠٥٦ - قلنا : البدل ملك لها إلا (٢) أن حق الولي متعلق به ، فإذا سمت البدل فقد استوفي الولي حقه وبقي الحق لها فجاز أن تسقطه كما أنها (٣) تسقط المهر بعد ثبوته وهو حق لها ، ولو أرادت إسقاطه ابتداء لم يثبت لها ذلك ؛ لتعلق حق الله تعالى (٤) به ، فإذا أوفت حق الله بالتسمية جاز لها إسقاطه . والمعنى في ثمن [المبيع] (٥) أنه لا اعتراض لهم في البدل فلم يثبت لهم الاعتراض في المبدل (٦) .

٢١٠٥٧ - قالوا : المهر لها دونه بدلالة أنها تملك إسقاطه (٧) .

٢١٠٥٨ - قلنا : لا يمنع أن يكون لها ويتعلق به حق غيرها ، كما أن المهر لها وتملك إسقاطه فلابد من ثبوته ابتداء لما في ثبوته من حق الله تعالى ، فإذا ثبت في حقها جاز لها الإسقاط (٨) .

٢١٠٥٩ - قالوا : لو تزوجت بقشور الرمان والزجاج المكسور لحقهم العار ولهم الاعتراض (٩) .

---

(١) انظر : المبسوط (١٤/٥) .
(٢) ساقطة في (ن) ، (ع) .
(٣) ساقطة في (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) ساقط في (ن) ، (ع) .
(٥) في (م) [المعنى] وفي (ن) ، (ع) : [المهر] .
(٦) انظر البحر الرائق (١٥٠/٣) .
(٧) أي : أن المهر ملك للزوجة ، بدليل أنها تملك إسقاطه عن الزوج بعد تسميته في العقد ، كما أن من حقها أن تبرئ الزوج منه إن كان دينا عليه ولم تقبضه ، ولها أن تهبه له إن قبضته ، أو كان عينا ، ما دامت من أهل التبرع واستوفي الإبراء أو الهبة شروطهما المقررة شرعا . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام أبي زهرة ص ٢٣٠ .
(٨) أي : أنه لا يمتنع أن يكون المهر للزوجة ويتعلق به حق الأولياء إذا نقصت عن مهر المثل فلهم الاعتراض دفعا للعار الذي يلحقهم بذلك . انظر : المبسوط (١٤/٥) .
(٩) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر لا تنتفع به ولا يسمى مالا كقشور الرمان والزجاج المكسور لحق الأولياء العار ، وذلك لأن مشروعية المهر في النكاح هي شرف العقد ومعاونة المرأة ، فيجب أن يكون المهر بقدر لا ينزل بشرف المرأة . انظر : عقد النكاح وآثاره للإمام أبي زهرة ص ٢٣١ .

٢١٠٦٠ - قلنا : إذا كان يلحق الشين بذلك يثبت لهم الخيار عندنا ، ولو سلمنا كان الفرق بينهما ظاهر ؛ لأن المقصود من العروض قيمتها لا أعيانها وإذا كانت القيمة مقصودة لا يعتبر الجنس [يبين ذلك أن حق الله تعالى يتعلق بالمهر ابتداء فلا تملك إسقاطه في العقد لحق الله تعالى] (١) ولو سمت جنسا من هذه الأجناس جاز ، ولم يتعلق حق الله تعالى به كذلك الولي يتعلق حقه بمقدار المهر ولا يتعلق حقه بجنسه (٢) .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر تقل قيمته كالزجاج المكسور أو قشور الرمان ولحق الأولياء العار بذلك كان لهم الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، ثم إننا لو أثبتنا لهم الاعتراض كان الفرق بين المرأة وبين الأولياء ظاهرا بدلالة أنها تملك إسقاط المهر بعد تسميته في العقد ، ولا تملك ذلك قبله لتعلق حق الله تعالى به ابتداء فلو سمت جنسا من قشور الرمان أو الزجاج المكسر جاز أن يكون مهرا ، ولم يتعلق حق الله به ، كذلك الولي يتعلق حقه بمقدار المهر لا بجنسه . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

غيبة الولي الأقرب

٢١٠٦١ - قال أصحابنا إلا زفر : إذا غاب الولي غيبة منقطعة زوجها الولي الذي هو أبعد منه ، واختلف أصحابنا فمنهم من قال : سقطت ولاية الغائب . ومنهم من قال : لا تسقط (١)

٢١٠٦٢ - وقال الشافعي : يزوجها السلطان (٢) .

(١) انظر : المبسوط (٢٢١/٤) بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) ، حاشية ابن عابدين ٢٨١/٣ ، شرح فتح القدير (٢٨٨/٣) ، البحر الرائق (١٢٦/٣) ويقول فيه : « وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر » ، وتحفة الفقهاء (١٥١/٢) .

(٢) انظر قول الشافعي ﷺ في : الأم (١٤/٥) ، المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٣/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٤١/٣) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٣٣/٣) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان » وأما المالكية : فهم يوافقون الأحناف بأن الولاية تنتقل إلى الأبعد لا إلى السلطان . انظر : بداية المجتهد (١٦/٢) ، الإشراف في مسائل الخلاف (٩٤/٢) . وللحنابلة روايتان أشهرهما : أن الولاية تنتقل إلى السلطان كما ذهب إليه الإمام الشافعي . والأخرى فينتقل إلى الأبعد . انظر : المقنع (٢١/٣) ، المغني (٤٧٩/٦) . مالك وأبو حنيفة : تنتقل إلى الأبعد ، ومعهم الحنابلة في رواية . والشافعي : إلى السلطان ومعهم الحنابلة في رواية ، وسبب اختلافهم : هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ بداية المجتهد (١٦/٢) ولقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الولي غائبا فيها غيبة منقطعة على النحو التالي : أولًا : عند الأحناف : يرى أبو يوسف بمسيرة شهر ، ويرى محمد بن الحسن أنها تقدر بمسافة ما بين الكوفة والري ، مسيرة خمس عشرة مرحلة ، ويرى زفر أن الولي إذا كان في مكان لا يعلم أين هو فغيبته غيبة منقطعة ، ويرى ابن شجاع : أن الولي إذا كان في مكان لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة ، فغيبته غيبة منقطعة وهذا ما رجحه القدوري قائلا : لأن الخاطب لا ينتظر سنة ، ولا يعلم هل يجيب الولي أم لا ؟ انظر : الاختيار (٢٩/٣ ، ٣٠) . ثانيا : رأي المالكية : ويرى المالكية أن الغيبة المنقطعة تتحقق بأن يكون الأب أسيرا ، أو مفقودا لم يعلم موضعه ووليته تحتاج إلى نفقة وصيانة . انظر : بداية المجتهد (١٦/٢ ، ١٧) ، الشرح الكبير للدردير (٢٣٠/٢) . ثالثًا : رأي الشافعية : ويرى الشافعية أن الغيبة المنقطعة تتحقق بغياب الولي الأقرب مرحلتين ، أو دون مسافة القصر ، أو كان مفقودا ولم يعلم هل هو حي أم ميت أو مسجونا ويتعذر الوصول إليه . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٣) رابعًا : رأي الحنابلة : ويرى الحنابلة أن الغيبة المنقطعة تتحقق بغياب الولي الأقرب فوق مسافة القصر ، أو كان في مكان لم يعلم . انظر : الروض المربع (٧٤/٣) ، والمغني (٤٧٨/٦) . ونظرا لأننا أصبحنا نعيش في زمان قد قربته وسائل المواصلات الحديثة ما بين البلدان من مسافات ، وأغلب الظن أنه لا تكاد توجد في الأرض بقعة=

٢١٠٦٣ – لنا : قوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له » (١) هذه لها ولي باتفاق فلا تثبت ولاية السلطان عليها ح ولأنه يتعذر الوصول إلى محل الولي وإذنه فكان لمن بعده أن يزوجها كما لو جن [ولأنه تعذر الوصول إلى حقها منه من غير معصية فصار كما لو جن] (٢) ولا يلزم إذا عضلها لأن العضل معصية من جهته فكان للقاضي أن يزيل الظلم بعقده ، ولا يقال : المعنى في المجنون أن ولايته سقطت بدلالة أنه لو عقد لم يصح عقده . وليس كذلك الغائب لأن ولايته باقية بدلالة أنه لو عقد صح عقده وذلك أن الغائب سقطت ولايته عندنا لتعذر تدبيره . لأنه إذا عقد زال المعنى الذي سقطت الولاية من أجله فجاز عقده والمجنون إذا عقد فلا يزول بعقده المعنى المؤثر في ولايته فلم يصح عقده ؛ ولأن من جاز أن تنتقل إليه بموت الأب جاز أن تنتقل إليه بغيبته كالقاضى ، ولأن لها عصبة حاضرًا له قول صحيح ، فلم يجز للحاكم تزويجها من غير امتناع كما لو كان الأول حاضرًا ولأن الغيبة توجب انتقال الولاية إلى الحاكم إذا لم يكن هناك ولي فأوجبت انتقالها إلى الولي ، أصله الجنون والموت (٣) .

٢١٠٦٤ – احتجوا : بأنها ولاية تثبت مع الحضور ، فوجب أن تثبت مع الغيبة المنقطعة كالولاية في المال (٤) .

=يسكنها الإنسان ولا يصل إليها كتاب ، ولا يكاد يوجد أيضا مكان لا تصله القوافل إلا مرة واحدة في السنة . ولهذا فإننا نوافق العلامة ابن قدامة في رأيه في هذه المسألة وهو أن الغيبة المنقطعة هي التي لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فإن التحديدات بابها التوقيف ، وحيث لا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لا تجرى العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر فيكون كالمعدوم والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته ، والتوسط أولى . انظر : المغني لابن قدامة (٤٧٩/٦) .

(١) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الولي . حديث رقم ٢٠٨٣ . والترمذي : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم ١١٠٢ وقال : حديث حسن ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم ١٨٧٩ وصححه الحاكم (١٦٨/٢) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن المرأة التي غاب وليها الأقرب ويتعذر الوصول إليه تنتقل الولاية إلى الأبعد لا إلى السلطان ، بالقياس على ما إذا جن الأقرب أو مات فإن الولاية في هاتين الحالتين لا تنتقل إلى السلطان بل تنتقل إلى الولي الأبعد . انظر : حاشية ابن عابدين (٨٢/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٨٩/٣) .

(٤) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة مع حضوره ، فوجب أن تثبت مع غيبته غيبة منقطعة بالقياس على ولايته في المال . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « ولاية لا تزول بالغيبة كولاية المال » .

٢١٠٦٥ – قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن من أصحابنا من قال : إن ولاية الغائب ثابتة وشاركه الحاضر فيها لأن الغائب قربت قرابته وبعد تدبيره والحاضر بعدت قرابته وقرب تدبيره ، فلما قرب كل واحد منهما من وجه وَبَعُدَ من وجه تساويا فأيهما زوج جاز [(١)] .

٢١٠٦٦ – والمعنى في ولاية المال أن الضرر لا يلحق بتأخر بيعه ؛ لأن أكثر الأموال تدخر ليزيد أثمانها وتأخير النكاح فيه ضرر لأن الكفء يتفق في وقت ولا يتفق في غيره ، يبين الفرق بينهما أن الولاية في المال عندهم لا تنتقل إلى الحاكم وإن انتقلت ولاية النكاح كذلك عندنا لا يمتنع أن تنتقل ولاية النكاح وإن لم تنتقل ولاية المال .

٢١٠٦٧ – قالوا : الغيبة معنى لا يسقط ولاية المال [(٢)] فوجب أن لا يسقط ولاية النكاح كالغيبة التي ليست منقطعة [(٣)] .

٢١٠٦٨ – قلنا : نقول بموجبها ؛ لأن ولايته لم تسقط وإنما شاركه في ولايته البعيد والمعنى في الغيبة القريبة : أنه لا ضرر على المرأة في تأخير العقد إلى أن يستأذن الولي لأن الخاطب ينتظر المدة القريبة ، وعليها في المدة البعيدة / ضرر لأن الولي يستأذن في سنة . ٢٣٦/ب والخاطب لا ينتظر هذه المدة في العادة فلذلك شاركه الولي الأبعد في أحد الموضعين دون الآخر [(٤)] .

٢١٠٦٩ – قالوا : ولاية الغائب باقية بدلالة أنه إذا وكله في تزويج وليته ثم غاب لم تفسخ وكالته ، ولو زوج وليته في غيبته صح تزويجه ، وإذا كانت ولايته باقية لم يكن من دونه ولي [(٥)] .

---

(١) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة ولكن لما بعد تدبيره ، والولي الأبعد حاضر وبعدت قرابته ، وقرب حصوله ، أصبحت ولاية كل منهما ثابتة من وجه وبعيدة من وجه فتساويا ، فأيهما عقد صح عقده . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) أي : أن غيبة الأقرب المنقطعة لا تسقط ولايته في المال ، فلا تسقط ولايته في النكاح كغيبة الغير المنقطعة . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « إن غيبته المنقطعة لا تسقط ولايته كغير المنقطعة » اهـ .

(٤) أي : أن غيبة الولي الأقرب الغير منقطعة لا تسقط ولايته ؛ لأنه لا ضرر على المرأة بتأخير العقد ، لانتظار الخاطب المدة القريبة ، أما الغيبة المنقطعة ، فالمرأة يقع عليها ضرر بذلك ، لعدم انتظار الخاطب ، فلذلك عقد الولي الأبعد في الغيبة المنقطعة ، ولم يعقد في غير المنقطعة . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) .

(٥) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة ، بدلالة أنه لو وكل من يزوجها وهو في مكانه صح ذلك وإن كانت ولايته باقية ، فلا ولي بعده . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه يجوز له تزويجها في موضعه ،=

٢١٠٧٠ - قلنا : قد بينا أن من أصحابنا من يقول ذلك إلا أن بقاء ولايته لا يمنع أن يشاركه من يساويه في الدرجة كذلك يساويه من بعد نسبه لقرب تدبيره إذا وكل واحدا منهما حصل له قرب من وجه [وبعد من وجه] [١]

٢١٠٧١ - فأما على قول من قال : سقطت ولايته فنقول : إنما سقطت ولايته لما يلحق من الضرر بمراعاتها ، فمتى كان قد وكل أو عقد مع الغيبة فقد زال الضرر وليس يمنع أن تسقط ولاية من وجه دون وجه كما أن الحاضر إذا باع وحابا لم يجز تصرفه ، وإن باع من غير محاباة صح بيعه فسقطت ولايته فيما يضر بالمولى عليه وتثبت فيما لم يضر به ، كذلك في مسألتنا [٢] .

٢١٠٧٢ - قالوا : إذا غاب فقد منعها التزويج مع بقاء ولايته فصار كما لو كان حاضرا فعضلها [٣] .

٢١٠٧٣ - قلنا : إذا عضلها فقد منع من حق عليه صار بمنعه ظالما فقام القاضي مقامه في إنفاذ ذلك كما يقوم مقام المنع من قضاء الدين إذا غاب ، فلم يتوجه عليه حق مع غيبته حتى يقوم القاضي مقامه فيه .

٢١٠٧٤ - يبين ذلك أنه إذا امتنع ألا يزوجها القاضي حتى يحضره ويأمره بالعقد فإذا امتنع بغير عذر عقد ، والغائب لم يوجد فيه هذا المعنى فلا يجوز أن يعقد قبل أن يعلم منه .

٢١٠٧٥ - الامتناع [٤] .

= ولو وكيله ، فدل على ثبوت ولايته » اهـ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أننا نقول بموجب ثبوت ولاية الأقرب ، ولكن لما بعد تدبيره شاركه الأبعد فيها ومن أصحابنا من قال بسقوط ولايته ؛ لأن المرأة تتضرر بذلك لعدم انتظار الخاطب المدة الطويلة ، فثبتت الولاية للأبعد لقرب تدبيره ولرفع الضرر عن المرأة . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٠/٣) .

(٣) أي : أنه إذا كان الولي الأقرب غائبا غيبة منقطعة ، فقد منعها التزويج ، فأصبح كما لو كان حاضرا ومنعها من التزويج فإنه يكون قد عضلها ، فتنتقل الولاية إلى السلطان لا إلى الولي الأبعد . انظر : نهاية المحتاج (٢٤٣/٦) .

(٤) أي : أنه في حالة العضل يزوج الحاكم ؛ لأن الولي بعضله أصبح ظالمًا ، ومهمة الحاكم هي رفع الظلم عن العباد بالقياس على ما لو كان الولي غائبا وعليه دين فإن الحاكم يقوم مقامه في سداد هذا الدين ، ويدل على ذلك أن الولي إذا امتنع لا يزوج الحاكم حتى يخص ، ويأمره بالعقد ، فإذا امتنع عن العقد بغير عذر شرعي عقد الحاكم ، والولي الغائب لا يوجد فيه هذا المعنى ، فلا يجوز أن يعقد الحاكم قبل أن يعلم من هذا الولي الامتناع . انظر : المبسوط (٢٢١/٤) .

تزويج المسلم أمته الكافرة

٢١٠٧٦ - قال أصحابنا : يجوز للمسلم تزويج أمته الكافرة [١] . وهو ظاهر قول الشافعي [٢] [لأنه قال : « ولا يكون المسلم وليا للكافر إلا على أمته] [٣] . ومن [أصحابه] [٤] من قال : « لا يجوز نكاحه لها » [٥] .

٢١٠٧٧ - لنا : أنه يملك بيع رقبتها بحق الملك ، فملك الولاية في تزويجها كالمسلمة ولا يلزم المرتدة لأنه يلي عليها ، إلا أن يكون هناك معنى يمنع النكاح ولأنه يملك رقبتها فجاز له تزويجها كالمسلمة ؛ ولأنه عقد بعوض فملكه [المولى] [٦] في أمته الكافرة . كالبيع ؛ ولأنها ولاية لا تتعلق بالنسب فلا يؤثر فيها اختلاف كولاية الحاكم [٧] .

٢١٠٧٨ - احتجوا : بأنها كافرة فلا يجوز له تزويجها كابنته الكافرة [٨] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٥٥) - شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٥٥) ، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٧٢) ، البحر الرائق (٣/١٢٣) ويقول فيه : « قالوا وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا » .

(٢) انظر : المهذب (٢/٤٧) ، المجموع (١٦/١٦١) ، مغني المحتاج (٣/١٧٣) ، نهاية المحتاج (٣/٢٧٠) ، ويقول فيه . « فيزوج مسلم أمته الكافرة بخلاف الكافر ، فليس له أن يزوج أمته المسلمة إذ لا يملك التمتع بها أصلا ولا سائر التصرفات سوى إزالة الملك عنها وكتابتها » .

(٣) مثبت من (ص) وهو الأصح . وفي (م ، ن ، ع) [لأنه مال ولا يكون المسلم وليا وأما الكافر إلا على أمته] ولا وجه له . وانظر : قول الشافعي بنصه في الأم (٥/١٤) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أصحابنا] ولا وجه له .

(٥) انظر : المهذب (٢/٤٧) والقائل بذلك من الشافعية هو : أبو القاسم الداركي ولقد وافق المالكية والحنابلة : الأحناف . وظاهر قول الشافعي . انظر قول المالكية في : الخرشي على مختصر سيدى خليل (٣/١٨٨) . انظر : الروض المربع (٣/٧٣) ، المقنع (٣/٢٢) . يقول في الخرشي : « إن المسلم إذا كانت له أمة كافرة أو معتقة كذلك ، فإنه يجوز له أن يزوجها » اهـ . ويقول صاحب الروض المربع : « فلا ولاية لكافر على مسلمة ، ولا لنصراني على مجوسية لعدم التوارث بينهما سوى ما يذكر كأم ولد لكافر أسلمت ، وأمة كافرة لمسلم » اهـ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الولي] . ولا وجه له .

(٧) أي : أن سيد الأمة الكافرة يملك بيع رقبتها ، فملك تزويجها قياسا على ملكه ذلك فيما إذا كانت الأمة مسلمة ، ولأن عقد النكاح عقد بعوض فملكه السيد كعقد البيع ، ولأن ولاية السيد على أمته الكافرة لا تتعلق بالنسب فملكها السيد بالقياس على ولاية الحاكم ، فلا يؤثر فيها اختلاف الدين . انظر : البحر الرائق (٣/١٢٣) .

(٨) أي : أن المسلم لا يجوز له تولي عقد نكاح أمته الكافرة ، قياسا على عدم توليته عقد نكاح ابنته إذا =

٢١٠٧٩ - قلنا : الولاية في ذوي الأنساب تستحق بالتعصيب أو الميراث مع صحة القول وهذا لا يوجد مع اختلاف الدين ، والولاية في المملوك تتعلق بالملك وهو موجود مع اختلاف الدين واتفاقه [1] .

* * *

=كانت كافرة ، لاختلاف الدين . انظر : المهذب (٤٧/٢) .

(١) أي : أن ولاية النكاح سببها التعصيب أو الميراث ، وهذا السبب لا يوجد مع اختلاف الدين ، أما الولاية على المملوك فسببها الملك وهو موجود مع اختلاف الدين وعدم اختلافه . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٥/٣) .

مسألة ١٠٣٦

تولي عقد النكاح عاقد واحد

٢١٠٨٠ - قال أصحابنا : يجوز لابن العم تزويج بنت عمه من نفسه [وكذلك إذا وكلت المرأة رجلا يزوجها من نفسه] (١) جاز . وإن وكّل رجل رجلا يزوجه ووكلته امرأة يزوجها فزوجها منه جاز (٢) .

٢١٠٨١ - وقال الشافعي : لا ينعقد النكاح بالواحد إلا الجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه فيصبح في ظاهر المذهب . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز .

٢١٠٨٢ - ولو زوج بنت عمه من ابنه الصغير لم يجز ، والإمام إذا زوج وليته من نفسه فيه ثلاثة أوجه :

٢١٠٨٣ - أحدها : يوكل من يزوجها منه .

٢١٠٨٤ - والثاني : يزوجها أحد أصحابه .

٢١٠٨٥ - الثالث : يزوجها من نفسه (٣) .

٢١٠٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم ﴾ (٤) قالت عائشة رضي لله عنها : نزلت هذه الآية في [شأن] (٥) اليتيمة فتكون في حجر وليها . فيرغب في مالها وجمالها ولا يقسط لها في مهرها . فنهوا أن ينكحوهن أو يبلغوا بهن نسبتهن في الصداق ثم أنزل ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) ولقد سبق الحديث عن آراء الفقهاء في حكم الوكالة في النكاح .

(٢) انظر : المبسوط (١٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣١/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٤٣/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٨/٣) شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٥/٣) البحر الرائق (١٣٦/٣) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٦/٢) .

(٣) انظر : المهذب ٤٩/٢ ، المجموع (١٧٥/٦) ، مغني المحتاج (١٦٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٥٢/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٥٢/٦) . وأما المالكية : فلقد وافقوا الأحناف في جواز تولي عقد النكاح طرف واحد موجبا وقابلا . انظر بداية المجتهد (١٩/٢) الإشراف في مسائل الخلاف (٩٨/٢) . وللحنابلة روايتان : أشهرهما جواز تولي طرفي عقد النكاح واحد ، والثانية : أنه لا يجوز له ذلك حتى يوكل غيره في أحد الطرفين . انظر : المقنع (٢٦/٣) .

(٤) سورة النساء : الآية ٣ .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بيان] .

عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ (١) . وهذا في اليتيمة تكون شريكة وليها في ماله فيرغب عن نكاحها ولا يزوجها خوفا على مالها وقد ندب الله تعالى الولي في الآية الأولى إلى نكاحها إذا أقسط لها ، وعاتبه في الثانية على رغبته عنها ؛ دلَّ أن الولي يملك تزويج وليته من نفسه لولا ذلك لم يضف العقد إليه ولا عاتبه في الرغبة عنها (٢) .

٢١٠٨٧ – فإن قيل : تحمل الآية الأولى على تزويج ابن العم إذا أوجب له العقد الحاكم (٣) .

٢١٠٨٨ – قلنا : إضافة العقد إليه دون غيره تقتضي في إطلاقه انفراده ، ويدل عليه ما روى أن النبي ﷺ أعتق صفية بنت حيي بن أخطب وتزوجها وجعل عتقها صداقها (٤) ، فأضاف العقد إليه وهو وليها بالولاء (٥) .

٢١٠٨٩ – فإن قيل : يجوز أن تكون أوجبت هي العقد . فصح على أصلكم (٦) .

٢١٠٩٠ – قلنا : لو كان كذلك لأضاف العقد إليها (٧) .

٢١٠٩١ – قالوا : نكاح النبي ﷺ لا يفتقر إلى ولي فلذلك جاز أن يعقد عليها (٨) .

٢١٠٩٢ – قلنا : هذا غلط لأن أم سلمة لما اعتذرت إلى النبي ﷺ فقالت : ليس لى

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٨ . (٢) انظر : المبسوط (١٧/٥) .

(٣) أي : أن قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم ﴾ تحمل هذه الآية على تزويج ابن العم وليته من نفسه بشرط أن يوجب له الحاكم ذلك العقد ويكون هو قابلا . انظر المهذب (٤٩/٢) .

(٤) أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب ١٣ – من جعل عتق الأمة صداقها فتح الباري (١٢٩/٩) .

(٥) أي : أن الرسول ﷺ أضاف عتق نكاح السيدة صفية وهو وليها بالولاء . وصفية : هي صفية بنت حيي بن أخطب ، من سبط هارون بن عمران وقعت في السبي في غزوة خيبر ، فاصطفاها الرسول ﷺ لنفسه وأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها ، وماتت سنة ٥٠هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٣٧/٤) ، البداية والنهاية (٥٠/٨) ، أسد الغابة (٤٩٠/٥) .

(٦) أي : أنه لا يجوز أن تكون صفية تولت الإيجاب لنفسها بنفسها ، وتولى الرسول ﷺ القبول ، فيجوز ذلك على مذهبكم أيها الأحناف أن المرأة يجوز لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لعله جعل الإيجاب إلى غيره ، أو أوجبت صفية » اهـ .

(٧) أي : أنه لو كان الأمر كما تقولون : إن صفية هي التي تولت الإيجاب في العقد لأضاف النكاح إليها ، ولم يضفه إليه .

(٨) أي : أن نكاح النبي ﷺ من خصوصياته فيه أنه يجوز له النكاح بدون ولي أو شهود أو مهر ، فعتقه لأم المؤمنين صفية ونكاحها لها يعتبر خصوصية من خصوصياته . انظر : نهاية المحتاج (١٧٨/٦) .

وليٌّ حاضر . لم يقل لها : « نكاحي لا يفتقر إلى ولي » [١] .

٢١٠٩٣ - قالوا : من أصحابنا من يقول : هذا للإمام خاصة لأنه موضع ضرورة [٢] .

٢١٠٩٤ - قلنا : لا ضرورة فيه لأنه ينصب من يعقد ، كما لا يجوز حكمه لنفسه بل ينصب من يحكم له ، ولا يقال : يجوز حكمه لنفسه للضرورة .

٢١٠٩٥ - ويدل عليه : ما روى أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : وهبت نفسي لك . فقال : « لا حاجة لي في النساء » فقام رجل فقال : زوجها مني يا رسول الله . فقال : « أزوجك منه ؟ » فقالت : نعم فقال : « زوجتك منه » [٣] فانفرد بالعقد ولم ينقل أن الرجل قبل . فدل على جواز انفراد الواحد بالعقد .

٢١٠٩٦ - وروى أنه حمل إلى علي عليه السلام رجل ومعه جارية مخضبة بالدم .

٢١٠٩٧ - فقالوا : وجدناهما في خربة مراد . فقال علي : ما شأنك ، فقال : بنت عمي خفت أن تبلغ فترغب عني فتزوجتها . فقال علي : أشهدت ؟ قال : نعم . فقال : خذ بيد امرأتك [٤] ولأنه يملك إيجاب العقد وقبوله شرعا [فدل أنه يجوز أن ينفرد بالعقد كالجد] [٥] إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه ، والمولى إذا زوج عبده أمته والحاكم إذا زوج المجنونة مجنونا ، ولا يلزم الوكيل بالبيع لأنه لا يملك الطرفين شرعا ، ولأنه يملك قبول النكاح على الانفراد [ويملك إيجابه على الانفراد] [٦] فجاز أن ينفرد [بالعقد كالجد] [٧] [ولا يملك طرفي العقد فجاز أن يعقد لنفسه] [٨] كالأب إذا باع مال الصغير من نفسه ، ولا يمكن القول بموجبه في الجد والمولى لأنه لا يعقد لنفسه ولا يلزم الوكيل بالبيع لأنه إذا

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أي : تولي عقد النكاح طرف واحد موجبًا وقابلا ألا يكون في حق الإمام للضرورة . انظر : المهذب (٤٩/٢) ، النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لعله جعل الإيجاب إلى غيره ، أو أوجبت صفية ، أو أن ذلك في حق النبي ﷺ في قول بعض أصحابنا » .

(٣) أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب ٣٢ - عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح وباب ٣٥ - النظر إلى المرأة قبل التزويج .

(٤) سبق تخريج هذا الأثر .

(٥) في (ن) ، (ع) ، فجاز أن ينفرد بالعقد كالجد .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٧) في (م) : [فجاز أن ينفرد لنفسه] .

(٨) ساقط من (م) .

وكل بالإيجاب والقبول لم تصح الوكالة فلا يملك الإيجاب والقبول ، ولأنه عقد فيه عوض فجاز أن يعقده الواحد لنفسه ، [كالبيع أو عقد على المنافع فجاز أن يعقده الواحد لنفسه] (١) كالإجارة . ولأن الوكيل في النكاح لا تتعلق حقوقه به وإنما هو سفير ومعبر ، والواحد يصح أن يعبر عن اثنين إذا لم تتناف العبارة عنهما (٢) .

٢١٠٩٨ - ولا يلزم الوكيل بالبيع ؛ لأن الحقوق تتعلق به فتتنافي ولا يلزم الوكيل بالخصومة (٣) .

٢١٠٩٩ - لأن عبارته عن المدعي والمدعى عليه تتنافي (٤) ولا يلزم الوكيل بالصلح (٥) في دم العمد والخلع والعتق على المال .

٢١١٠٠ - لأنه يجوز أن يتولى الإيجاب والقبول في إحدى الروايتين (٦) ولأن ابن العم يعقد بولاية شرعية ، فجاز أن يعقد لنفسه من الطرفين كالأب إذا باع (٧) .

٢١١٠١ - احتجوا بحديث ابن عباس : أن النبي ﷺ قال : « كل عقد لا يحضره أربعة فهو سفاح : الولي والخاطب والشاهدان » . (٨) وذكر الدارقطني حديث هشام بن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن الواحد يمكن أن يتولى عقد النكاح إيجابا وقبولا ، قياسا على الجد إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه ، والمولى إذا زوج عبده من أمته ، والحاكم إذا زوج المجنونة مجنونا ، والواحد يصح أن يعبر عن اثنين ، إذا لم تتنافى في العبارة عنهما . وفي (أ) : [لم تتنافي] . انظر : المبسوط (١٨/٥) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٧/٣) .

(٣) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح طرف واحد موجبا وقابلا ، ما لا يلزم على الوكيل بالبيع من البطلان . وذلك لأن الوكيل بالبيع إذا تولي طرفي العقد موجبا وقابلا تعلقت الحقوق به لا بموكله فتبطله . انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٤) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح واحد موجبا وقابلا ، ما يلزم على الوكيل بالخصومة من البطلان ، وذلك لأن الوكيل بالخصومة تتنافي في عبارته عن المدعي والمدعى عليه ، والمدعي : هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه : هو من إذا ترك الخصومة أجبر عليها . انظر معين الحكام ص ٥٣ط . مصطفي الحلبي .

(٥) الصلح لغة : قطع النزاع ، وشرعا عقد يحصل به ذلك . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢/٣) ، التعريفات ١١٧ .

(٦) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح واحد موجبا وقابلا ، ما يلزم على الوكيل بالصلح من دم العمد والخلع ، والعتق على مال ، وهو الكتابة ، من بطلان هذه العقود لا تصح إلا بتسمية البدل ، ويجوز في ظاهر الرواية أن يتولى الواحد هذه العقود لأن الحقوق فيها لاتتعلق به .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح ، باب من قال : لا نكاح إلا بولي أو سلطان . موقوفا على ابن عباس .

عروة عن أبيه عن عائشة « لابد في النكاح من أربعة » (١) .

٢١١٠٢ - والجواب : أن خبر ابن عباس ، قيل : إنه موقوف عليه (٢) وخبر عائشة رواه خالد بن [الوضاح] (٣) وهو ساقط الحديث ، عن أبي الخصيب ، قال الدارقطني : هو مجهول (٤) . وكيف يصح هذا الخبر (٥) وعروة تزوج بنت عبد الله بن [عمر] (٦) عند زمزم بغير شهود ؟ ذكر ذلك ابن المنذر ثم إن المراد كل نكاح لم يحضره أربعة موصوفون ، فإذا اجتمعت الصفات في واحد فقد حضر أربعة .

٢١١٠٣ - يدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » (٧) .

٢١١٠٤ - ثم جاز أن يستحق الواحد الفرض والتعصيب لاجتماع الصفتين فيه . وإن لم يوجد العدد . وإنما ذكر العدد لأن الغالب أن الولي غير الزوج ، فخرج الكلام على الغالب (٨) كما قال ﷺ : « البائعان بالخيار ما لم يتفرقا » . (٩) ولم يمنع هذا بيع

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٢٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بشاهدي عدل (١٢٤/٧) من حديث أبي هريرة مرفوعا ، وفي إسناده مغيرة بن موسى ، قال البخاري : منكر الحديث ، وفي رواية الدارقطني أبو الخصيب ، وهو مجهول .

(٢) انظر : تلخيص الحبير (١٦٣/٣) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الرحيل] ، والأصح ما أثبتناه كما في سنن الدارقطني ، وخالد بن الوضاح لم نقف له على ترجمة في كتب التراجم . (٤) انظر : سنن الدارقطني (٢٢٥/٣) .

(٥) يقصد بالخبر في سؤاله ، الخبر المروي عن عائشة من أنها قالت : « لابد في النكاح من أربعة » رواه الدارقطني (٢٢٤/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [عثمان] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الأحناف وكتب التراجم ، وبنت عبد الله بن عمر التي زوجها لعروة بن الزبير ، اسمها سودة بنت عبد الله بن عمر ، وأمها صفية بنت أبي عبيد بن مسعود الثقفي . انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد (١٧٨/٥) ط دار صادر بيروت ، والمبسوط (٢١٢/٤) .

(٧) أخرجه البخاري : كتاب الفرائض ، باب ميراث الولد من أبيه وأمه (١٦٥/٤) ومسلم : كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها (٢/٢) .

(٨) أي : أن العدد الوارد في حديث عائشة « لابد في النكاح من أربعة » يحمل على أن الغالب في النكاح أن يكون الولي غير الزوج ، فخرج الكلام مخرج الغالب والكثير .

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب البيع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين وأخرجه مالك في الموطأ (١٩/٢) باب الخيار ، وابن دقيق العيد في الإلمام بأحاديث الأحكام ص ٧٣ .

الأب من نفسه إلا أن العادة [أن البائع] [١] غير المبتاع فخرج الكلام في الافتراق على العادة .

٢١١٠٥ - وجواب خبره : وهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن دليله إذا حضر أربعة فأذن الولي للزوج أن يعقد جاز .

٢١١٠٦ - ودليل الخطاب [٢] عندهم حجة كما أن اللفظ أيضًا حجة [٣] .

٢١١٠٧ - فإن قيل : ظاهر الخبر يقتضي أن النكاح يصح بحضور الأربعة ويبطل بعدمهم وعندكم إذا حضر الأربعة فقال الولي للزوج : زوجها . فحضور الأربعة ليس بشرط .

٢١١٠٨ - قلنا : إذا قال ولي الصغيرة لأحد الشاهدين : زوجها / ، فالخبر يقتضي جواز هذا العقد ، وحضور الأربعة شرط لأن الولي لو غاب لم يصح أن يزوجها الشاهد عندنا [٤] . ٢٠/أ

٢١١٠٩ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٥] .

٢١١١٠ - قالوا : ونكاح يقتضي ناكحًا ومنكوحا ، فالظاهر أن الولي غيرهما كما أن الشاهدين غيرهما [٦] .

٢١١١١ - قلنا : النكاح هو العقد ، والعقد لا يعبر به عن المتعاقدين ، ألا ترى أن البيع اسم للعقد لا للمتبايعين ؟

٢١١١٢ - وكذلك الإجارة لا يعبر بها عن المتكاريين ، . فأما الشهود فعطفهم على الولي ، والعطف غير المعطوف عليه ، فلذلك كان الشاهد غير الولي وإذا سقط هذا لزمنا بعهده الخبر اعتبار الولي وهذا عندنا نكاح بولي [٧] .

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) سبق بيان معنى دليل الخطاب وذكر الأمثلة عليه ص ٣٩ .

(٣) اللفظ : هو كل ما دل بالوضع على معنى ، وهو حجة عند الأحناف وغيرهم . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (١٢/١) .

(٤) أي : أن ولي الصغيرة لو قال لأحد الشاهدين : زوجها ، فلابد أيضًا من حضوره العقد ، أما إذا لم يحضر العقد فلا يجوز للشاهد أن يعقد . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٢) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) أي : أن النكاح عقد من العقود فلابد من أركان ، وأركانه أربعة : الزوج ، والزوجة ، والولي ، والشاهدان . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٦) .

(٧) أي : أن العقد لا يعبر به عن المتعاقدين ، وعطف الشهود على الولي يقتضي أنهم غيره ؛ لأن العطف=

٢١١١٣ - قالوا : كل من لم يملك الإيجاب والقبول بنفسه في عقد معاوضة لم يصح أن يكون موجبا قابلا فيه [1] كالوكيل بالبيع ، وعكسه الأب والجد .

٢١١١٤ - وربما قالوا : عقد يملك إيجابه بالإذن فوجب ألا يتولى طرفيه كبيع الوكيل [2] .

٢١١١٥ - قلنا : البيع لا ينفك عن عوض يسمى فيه ، وغرض البائع في العوض مخالف غرض المشتري ، فلم يصح أن يقوم الواحد الذي لا تنتفي التهمة عنه مقامها مع سائر العوضين .

٢١١١٦ - كما لا يقوم الواحد مقام المدعي والمدعى عليه في الخصومة .

٢١١١٧ - وأما النكاح فصحته لا تقف على تسمية وعوض فتنافي غرض الزوج والمرأة في العوض لا يمنع انعقاده [3] .

٢١١١٨ - ولهذا قالوا في رواية الأصول : إن الصلح والعتق من دم العمد والخلع لا يتولاه إلا [4] الواحد ؛ لأنه لابد فيه في العوض من التسمية [5] .

٢١١١٩ - أو نقول : البيع مختلف في تعلق الحقوق فيه [6] بالعاقد فلو صح العقد بوكالة الواحد جاز أن يلزمه [حكم الحقوق كما أن] [7] المشتري يضمن الثمن حين يسلمه ، ويضمن له .

= يقتضي التغاير ، فلذلك كان الشاهد غير الولي ، وإذا سقط قولهم : ونكاح يقتضي ناكحا ومنكوحا لزمنا اعتبار الولي بمقتضى الخبر ، وهذا عندنا نكاح بولي .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن تولي عقد النكاح عاقد واحد موجبا وقابلا لا يجوز ، قياسا على بطلان عقد الوكالة إذا وكل الوكيل بالبيع موجبا وقابلا ؛ لأن الحقوق لا تتعلق به ، بل تتعلق بموكله . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن من ملك إيجاب العقد بالإذن ، لم يتول شطريه ، كوكيل في البيع » اهـ .

(٣) أي : أن حقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد ، فإذا باشر العقد من الجانبين الإيجاب والقبول أدى ذلك إلى تضاد في الكلام ؛ لأنه يكون مطالبا مسلما ، وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدى إلى تضاد في الأحكام كما أن البيع لا يصح إلا بتسمية الثمن ، فإذا تولاه الوكيل من الجانبين الإيجاب والقبول كان مستزيدًا مستنقصا وذلك لا يجوز ، والنكاح يصح من غير تسمية المهر فإذا تولاه عاقد واحد لا يؤدي إلى هذا المعنى . انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [به] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١١٢٠ - لأنه بائع وليس كذلك النكاح لأنه اتفق على حقوقه ، أنها لا تتعلق بالعاقد وإنما هو سفير ومعبِّر ، ولا تنافي في عبارته وسفارته ؛ فلذلك جاز أن ينفرد بالعقد (١) .

٢١١٢١ - فإن ألزم على علة الأصل بيع الأب من نفسه . (٢)

٢١١٢٢ - قلنا : الحقوق بالعقد تتعلق به (٣) وبالصبي ، ويقوم مقام الصبي بالولاية عليه ، ولهذا لو بلغ قبل إيفاء الحقوق كان ذلك إليه لا إلى أبيه .

٢١١٢٣ - فإن لزم على هذا الكتابة والصلح ، أنه لا يتولاها الواحد ، وإن كانت الحقوق لا تتعلق به (٤) .

٢١١٢٤ - قلنا : روى ابن سماعة (٥) ، عن محمد ، أن هذه العقود يجوز أن يتولاها الواحد (٦) . وإن شئت قلت : المعنى في البيع أن العاقد قد يضيف العقد إلى نفسه .

٢١١٢٥ - قالوا : من تصدى لركن من أركان النكاح لم يتصد لركن آخر ، كما أن الولي لا يكون شاهدا (٧) .

٢١١٢٦ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن العاقد يجوز أن يكون شاهدًا لو حضرت البالغة فزوجها أبوها بإذنها ، ومعه شاهد واحد جاز ، ولو قال الولي لأحد الشاهدين زوجها بعقد جاز ، وكان شاهدا وعاقدا .

٢١١٢٧ - لأن الإنسان لا يجوز أن يكون شاهدًا لنفسه ويجوز أن يكون عاقدا

---

(١) انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٢) ساقطة من (م) .
أي أنه يلزم على جواز تولي النكاح واحد إيجابا وقبولا ، بطلان بيع الأب مال ولده الصغير لنفسه .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أننا نجيب عن هذا فنقول : إن حقوق عقد بيع مال الصغير تتعلق به على اعتبار أنه المالك كما تتعلق بأبيه على اعتبار أنه وليه فإذا باع الأب مال ولده الصغير من نفسه كان البيع صحيحا ؛ لأنه قام مقام الصبي بالولاية عليه . انظر : المبسوط (١٨/٥) . أي يلزم على جواز تولي عقد النكاح واحد ، أي عقد الكتابة والصلح لا يتولاه الواحد ، وإن كانت الحقوق لا تتعلق به .

(٥) هو محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع ، أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث بن سعد ومحمد بن الحسن وأبي يوسف ، وأخذ الفقه عنهما ، توفي رحمه الله سنة ٢٣٣هـ . انظر ترجمته في : تاج التراجم ص ٥٤ .

(٦) انظر ما رواه ابن سماعة عن محمد بن الحسن في المبسوط (١٨/٥) .

(٧) أي : أن من تولى ركن الولاية في النكاح ، لا يصح أن يتولى ركنا آخر لا يكون زوجا كما لا يكون شاهدا . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٦) .

لنفسه بدلالة الأب إذا اشترى مال الصغير والجد إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه .

٢١١٢٨ – ولأن الشهادة اعتبرت في النكاح ليخرج من السر إلى العلن وهذا لا يوجد إذا كان الزوج هو الشاهد ، وأما الموجب فاعتبر ليعبر عن العقد وهذا يوجد من الزوج [١] .

٢١١٢٩ – قالوا : الولي طلب ليحصل حق المنكوحة فإذا تزوجها فإنه يطلب حظ نفسه [٢] .

٢١١٣٠ – قلنا : ابن العم عندكم لا يزوجها إلا بعد بلوغها وعندنا لا يزوجها في هذه الحال إلا بإذنها فقد عرفت [٣] الحظ لنفسها فإن قصر في المهر لم ينفذ ذلك عليها [٤] .

* * *

(١) أي : أن هذا الأصل الذي قاسوا عليه وهو أن الولي لا يكون شاهدًا ، قياس غير صحيح ؛ لأن الولي يجوز أن يكون شاهدا ، وصورته إذا حضرت البالغة ، فزوجها أبوها بإذنها ومعه شاهد واحد فقط جاز ذلك ، فكان الولي في الصورة شاهدا . والممنوع هو أن يكون الزوج شاهدا ؛ لأن الشهادة شرعت في النكاح ليخرج من السر إلى العلانية بواسطة الشهود ، وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج شاهدا . أما الموجب فشرع في النكاح ليعبر عن العقد ، وهذا يوجد في الزوج . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٦/٣) .

(٢) أي : أن الولي إنما شرع في النكاح ليحصل حق موليته في النكاح ، فإذا تزوجها هو فإنه بذلك طلب حظ نفسه لا حق منكوحته . انظر : المهذب (٤٩/٢) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن ولاية ابن العم لا تثبت عند الشافعية على ابنة عمه إلا بعد بلوغها ، وعندنا نحن الأحناف لا يزوجها في حالة البلوغ إلا بإذنها ، فإن قصر في المهر لم ينفذ عقده عليها ؛ لأنها ببلوغها عرفت حظ نفسها . انظر : شرح فتح القدير (٣٠٥/٣) .

مسألة ١٠٣٧

التغرير في النكاح

٢١١٣١ - قال أصحابنا : إذا تزوجت رجلًا على أنه حر فبان عبدا، فالنكاح جائز ولها الخيار ، وكذلك إذا انتسبت إلى قبيلة فكان نسبه دونها ، وإذا تزوج أمة [1] على أنها حرة فالنكاح جائز والاختيار للزوج [2] .

٢١١٣٢ - وقال الشافعي : إذا شرط في العقد أنه حر . فكان عبدا فالنكاح باطل في أحد قوليه ، وكذلك إذا [3] شرطت أنه طويل فكان قصيرا ، أو أبيض فخرج أسود ، أو أسود فخرج أبيض .

٢١١٣٣ - قالوا : وإن غرته فشرطت أنها حرة فكانت أمة أو شرطت أن لها نسبا فإذا هي على غيره أو أنها بكرا فإذا هي ثيب فالنكاح باطل في أحد القولين [4] .

٢١١٣٤ - لنا : أن المعقود عليه في النكاح هو الشخص ، والصفات تابعة فإذا وجدت بخلاف الشرط لم يبطل العقد ، كمن باع عبدا على أنه صحيح فكان معيبا ، أو على أنه خباز فوجد على خلاف ذلك .

٢١١٣٥ - أو نقول : شرطت في المعقود عليه صفة ، فبان أنه أفضل منها فلا يبطل العقد ، كما لو باعه على أنه معيب فكان صحيحا ؛ ولأنها صفة في المعقود عليه لو سكت عنها جاز العقد وإذا شرطت فبان خلافها لم يبطل العقد ، كالبيع إذا شرط فيه صفة في المبيع .

٢١١٣٦ - ولأنه لو سمى في المهر صفة فكان بخلافها لم يبطل العقد ، كذلك إذا سمى في المرأة .

---

(١) في (م) : [امرأة] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٢١/٢) ، المبسوط (٢٩/٥ ، ٣٠) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٤٠/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٥/٣) ، شرح فتح القدير (٢٩٥/٣) .

(٣) في (م) : [أن] .

(٤) انظر : المهذب (٦٤/٢) ، المجموع (٢٨٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٦٨/٣) ، مختصر المزني ص ١٦٦ . وأما المالكية والحنابلة : فيرون أن النكاح لا يبطل بالتغرير ولا خيار للمغرور به . انظر : بداية المجتهد (١٧/٢ ، ١٨) ، المغني والشرح الكبير (٤١٣/٧) ، عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٩٧ .

٢١١٣٧ - لأن كل واحد منهما أحد العوضين ولأنه إذا شرط أنها ثيب فكانت بكرًا، أو أنها نبطية [١] فكانت قريشية . فقد وجدت صفة أفضل من المشروط فصار كمن باع عبدًا على أنه أعمى فكان صحيحا [٢] .

٢١١٣٨ - احتجوا بأن الاعتماد في النكاح على الأسماء والصفات ، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة سميت له صح العقد ؟ كما أن الاعتماد في البيع على الأعيان ثم ثبت أن اختلاف العين في البيع يبطله ، كذلك اختلاف الصفات في النكاح [٣] .

٢١١٣٩ - قلنا : المعقود عليه في النكاح العين للمرأة الموصوفة المسماة .

٢١١٤٠ - فأما الاسم فلا ، فهو والمبيع عندنا سواء ، ثم الصفات في البيع معقود عليها بدلالة أنها إذا فقدت ثبت الخيار ، ثم لو شرط صفة فبان بخلافها لم يبطل العقد [٤] .

٢١١٤١ - قالوا : لو أذنت له أن يزوجها حرا فزوجها عبدًا لم يصح ، كذلك إذا شرط الولي ذلك في العقد [٥] .

٢١١٤٢ - قلنا : إذا أذنت له في الحر فهي موكلة ، فما لم يدخل تحت الإذن والتوكيل لم يصح العقد عليه . وفي مسألتنا الشخص هو المعقود عليه فاختلاف الصفات لا تؤثر [٦] .

---

(١) النبط : هم قوم ينزلون سواد العراق والنسب إليهم نبطي . انظر : لسان العرب مادة (نبط) .

(٢) أي : أن المعقود عليه في النكاح هو الشخص والصفات تابعة له ، فإذا وجدت الصفات بخلاف ما شرط كان العقد صحيحا ، قياسا على من باع عبدا على أنه خباز فوجد على خلاف ذلك ، وكما لو شرط في المعقود عليه صفة فظهر أنه به صفة أفضل من المشروطة ، كان العقد صحيحا ولم يبطل . انظر : المبسوط (١٩/٥) .

(٣) أي : أن اختلاف الأسماء والصفات في النكاح يبطله ، كما أن اختلاف الأعيان في البيع يبطله . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٤) أي : أن المعقود عليه في النكاح العين المسماة الموصوفة وليس الاسم ، والصفات في البيع معقود عليها كذلك ، بدليل أنها إذا فقدت ثبت الخيار للمشتري ، ثم لو شرط في البيع صفة فظهرت بخلاف ذلك لم يبطل العقد . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٢/٣) .

(٥) أي : أن المرأة إذا أذنت لوليها أن يزوجها حرا فزوجها عبدا ، لم يصح العقد كذلك لم يصح النكاح إذا شرط الولي ذلك في العقد . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٦) أي : أن المرأة إذا أذنت لوليها أن يزوجها حرا فزوجها عبدا ، فهي موكلة وكالة مقيدة ، فما لم يدخل تحت هذه الوكالة لم يصح العقد عليه ، وفي مسألتنا اختلاف الصفات في المعقود عليه لا يؤثر في العقد . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، للإمام محمد أبو زهرة ص ١٨٥ .

٢١١٤٣ - قالوا : لو [١] تزوجته مطلقا ، فبان أنه عبد ثبت لها الخيار ، فإذا شرطت الحرية وجب أن يكون للشرط مزية وما هي إلا بطلان النكاح [٢] .

٢١١٤٤ - قلنا : إذا أطلق البيع ثبت الخيار لعدم الصفات ، وإذا شرطها لا مزية للشرط بل يثبت على الوجه الذي ثبت لو أطلق العقد [٣] .

* * *

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أنه إذا تزوجت المرأة شخصا مطلقا ولم يعين لها إلا بعد النكاح ، فظهر أنه عبد ثبت لها الخيار ، فإذا شرطت هي الحرية من جانبها قبل العقد ، لابد وأن يكون لشرط الحرية فائدة ، وهذه الفائدة هي بطلان النكاح . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٣) أي : أن الشرط الذي شرط في البيع المطلق لا فائدة له ؛ لثبوت الخيار للمشتري فكذلك شرط الحرية في النكاح إذا شرط من جانب المرأة ، لا فائدة له لثبوت الخيار لها عند فقده . انظر : المبسوط (٣٠/٥) .

مسألة ١٠٣٨

تولي المرأة عقد النكاح

٢١١٤٥ - قال أصحابنا : يجوز للمرأة أن تعقد النكاح لنفسها ، وتكون وكيلة للرجل فتعقد له وللولى . فتزوج وليته ، وتزوج أمتها [١] .

٢١١٤٦ - وقال الشافعي : النكاح مخصوص بالرجال لا تعقده المرأة لنفسها ولا لغيرها بوكالة [٢] .

٢١١٤٧ - لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » [٣] ولأنه نوع عقد فجاز أن تكون المرأة وكيلة فيه كالبيع ولأن من جاز أن يكون وكيلا [في البيع جاز أن يكون وكيلا] [٤] في النكاح كالرجل ولأنه عقد بعوض فجاز أن تعقده المرأة كالبيع .

٢١١٤٨ - أو عقد يضمن المنافع كالإجارة ولأن كل عقد جاز أن يعقده الرجل جاز أن تعقده المرأة كسائر العقود ولا يلزم الإمامة لأن المرأة تعقد فتكون أحد أهل الاختيار وإنما لا ينعقد لها [٥] .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٩/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٥٥/٣) ، البحر الرائق (١٠٩/٣) .

(٢) انظر الأم (١٣/٥) ، المهذب (٤٥/٢) ، المجموع (١٥٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٧/٣) ، نهاية المحتاج (٢٢٤/٦) ، ويقول فيه : « لا تزوج امرأة نفسها ولو بإذن من وليها ولا غيرها ولو بوكالة من الولى واختار المالكية والحنابلة : أن النكاح لا يصح إلا بولي ذكر وأن عبارة النساء منفردة لا أثر لها في عقد النكاح كما هو مذهب الشافعية . انظر المغني والشرح الكبير (٣٣٧/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١١/٢) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣٣/٤) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٨٩/٢) .

(٣) سبق تخريجه وبيان مدى قوته في الدلالة على المقصود .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر المبسوط (١٥/٥) ، البحر الرائق (١٠٩/٣) ، وقياس الأحناف : تولي المرأة عقد النكاح قياسا على توليها عقد البيع قياس سائغ في الأصول ، وهو جواز تخصيص العموم بالقياس لكن قصة معقل بن يسار مع أخته التي نزل فيها قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] كانت هذه القصة سببا في إبطال هذا القياس ، ودليلا على اشتراط الولي في النكاح دون غيره . انظر فتح الباري (١٨٧/٩) .

٢١١٤٩ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها » (١) .

٢١١٥٠ - قلنا : هذا الحديث مضطرب ؛ لأن هشام بن حسان (٢) رواه عن ابن سيرين وعن أبي هريرة ، ولم يخرج في الصحيحين (٣) .

٢١١٥١ - وروى هشام بن حسان بالإسناد ، أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي أوسلطان » (٤) فقيل : إن هذا أصل الحديث وإن الراوي تأول ما اقتضاه اللفظ عنده .

٢١١٥٢ - ولأنه محمول على نفي الكراهية (٥) ؛ لأن النكاح يقع في مجموع الرجال ، والمرأة يكره لها الحضور بمشهد الرجال لتعقد العقد ، وقد (٦) كان عليه السلام يأمر بإعلان النكاح . وعقده في المجموع ويكره للمرأة حضورها لهذا المعنى .

٢١١٥٣ - قالوا : ففيه بأن الزانية هي التي تزوج نفسها (٧) .

٢١١٥٤ - قلنا : هذا من قول أبي هريرة وليس من كلام النبي ﷺ ، الدليل عليه ما روى عبد السلام بن حرب (٨) عن هشام بن حسان ، عن محمد (٩) ، عن أبي هريرة

---

(١) سبق تخريجه

(٢) هو هشام بن حسان الأزدي الفردوسي نسبة إلى الفراديس بطن من الأزد أبو عبد الله البصري روى عن الحسن البصري وابن سيرين وأنس مات سنة ١٤٦هـ . انظر طبقات الحفاظ ص ٢٧١ ، ميزان الاعتدال (٢٩٥/٤) .

(٣) انظر مسند الشافعي (١٣/٢) ويقول ابن المنذر رحمه الله : « ما قاله النعمان مخالف للسنة خارج عن قول أكثر أهل العلم » . كما قال أيضًا : « لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك » أي خلاف اشتراط الولي وأن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها . انظر : الإشراف على مذاهب العلماء (٣٤/٤) وفتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) لا نسلم هذا التأويل لأن العموم يأتي على أصله جوازا أو كمالا والنفي في المعاملات يوجب الفساد لأنه ليس لها إلا جهة واحدة . انظر : معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود (٥٦٨/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ولو] .

(٧) أخرجه الشافعي في مسنده . كتاب النكاح ، باب ما جاء في الولي (١٣/٢) والدارقطني في سننه (٢٢٨/٣) .

(٨) هو عبد السلام بن حرب النهدي الملائي أبو بكر الكوفي ، ثقة حافظ توفي رحمه الله سنة ١٨٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١١٥ ، تذكرة الحفاظ (٢٧١/١) ، العبر (٢٩٧/١) .

(٩) سبقت ترجمته .

عن النبي ﷺ ، الحديث .

٢١١٥٥ - وقال فيه أبو هريرة : وكنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية . ولو كان أبو هريرة يحفظ هذا اللفظ عن النبي ﷺ لم يقل كنا نقول ، فدل على أنه قوله ، وكيف يقول رسول الله ﷺ : « الزانية التي تنكح نفسها بغير ولي » ، وهذا العقد ليس بزنى ، ولا له حكم الزنا باتفاق ؟ فبطل أن يضاف هذا إلى النبي ﷺ [1] .

٢١١٥٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » [2] . والولي اسم للذكر وقد نفي النكاح بعدمه .

٢١١٥٧ - قلنا : قد بينا أن الولي يتناول/ الذكر والأنثى [3] . ٢٣٧/ب

٢١١٥٨ - قالوا : روي عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعبد الله بن قيس ، أبي هريرة أن المرأة لا تلي عقد النكاح [4] .

٢١١٥٩ - قلنا : روي أن عائشة زوجت بنت أخيها عبد الرحمن [5] ، وذكر في الأصل [6] أن امرأة زوجت بنتها برضاها فخاصمها أولياؤها إلى [علي بن أبي طالب] [7] فأجاز النكاح [8] .

---

(١) سلمنا أن هذا الخبر موقوف على أبي هريرة فإنه يشهد له ما روي عنه مرفوعا وأخرجه ابن ماجه في سننه قال : حدثنا هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » (٦٠٢/١) ، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٧/٣) ، والحديث حسن .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٥٤ .

(٤) انظر الإشراف على مذاهب العلماء (٣٣/٤٠) ، المجموع (١٥٤/١٦) ، المغني والشرح الكبير (٣٣٧/٧) .

(٥) لا نسلم ذلك ؛ لأن الحافظ ابن حجر رحمه الله أجاب عن ذلك بأنه لم يرد التصريح بأنها باشرت العقد فقد يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيبا ودعت إلى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان . وقد صح عنها أنها أنكحت رجلا من بني أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح . ثم قالت : « ليس إلى النساء نكاح » . انظر : فتح الباري (١٨٦/٩) .

(٦) الأصل : اسم كتاب للإمام محمد بن الحسن الشيباني .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي ﷺ] والأصح ما أثبتناه كما وجد في كتب الأحناف يقول الإمام السرخسي رحمه الله : « بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاز أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح » .

(٨) انظر المبسوط (١٠/٥) ولكنا نجيب عن ذلك بأن ما فعله علي يعتبر واقعة عين لا يعول عليها ، ويدل على =

٢١١٦٠ - وأن امرأة عبد الله بن مسعود [(١)] زوجت بنتها من ابن المسيب ابن نجبة [(٢)] .

٢١١٦١ - قالوا : كيف تزوج عائشة بنت أخيها عندكم ، والولي إذا غاب غيبة غير [(٣)] منقطعة لم تنتقل ولايته ، وإن كانت منقطعة انتقلت إلى الأقرب .

٢١١٦٢ - قلنا : يحتمل أن تكون بالغة زوجتها عائشة باختيارها [(٤)] .

٢١١٦٣ - قالوا : روي أن عائشة كانت تخاطب من وراء حجاب ، ثم تقول : اعقدوا فإن النساء لا يعقدن [(٥)] .

٢١١٦٤ - قلنا : المرأة إذا عقدت لابد لها من البروز حتى يراها الشهود فكرهت عائشة ذلك [(٦)] .

٢١١٦٥ - قالوا : معنى لا يصح إلا من اثنين مفتقر إلى الشهود فافتقر تنفيذه إلى ذكر كالخصومة [(٧)] .

٢١١٦٦ - قلنا : النكاح عندنا يصح بالواحد ، فالوصف غير مسلم والخصومة لا يفتقر فعلها إلى ذكر ؛ لأن المرأة يجوز أن تقضي .

= ذلك ما روي عن علي ﷺ أنه كان أشد الناس في القول بأن النكاح لا يصح إلا بولي ذكر ، بل كان يضرب فيه ، ولقد ذكر الدارقطني في سننه عن الشعبي قال : « ما كان أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي ﷺ ، وكان يضرب فيه » . انظر : سنن الدارقطني : كتاب النكاح (٢٢٩/٣) .

(١) هي زينب بنت معاوية ، كما في الإصابة وأسد الغابة . وقال ابن عبد البر في الاستيعاب : « هي زينب بنت عبد الله الثقفية » . انظر : أسد الغابة ترجمة رقم ٦٩٤٣ ، الإصابة والاستيعاب ترجمة رقم ٣٣٦٢ .

(٢) انظر المبسوط (٢٢٣/٤) وفيه : « وبنتها التي زوجتها لم تكن بنت عبد الله بن مسعود . وإنما جاز نكاحها بولاية الأمومة » ولم نقف على اسم تلك البنت ولا اسم من تزوجها .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : فتح الباري (١٨٦/٩) ، وفيه يقول : « يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيبا ودعت إلى كفء ، وأبوها غائب ، فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان » .

(٥) انظر فتح الباري (١٨٦/٩) .

(٦) أي : أن المرأة إذا خرجت لمباشرة العقد لابد لها من البروز والظهور لكي يراها الشهود فيحتمل قول عائشة : اعقدوا . . . إلخ على الكراهة . انظر المبسوط (١٦/٥) .

(٧) أي : أن النكاح عقد فلا يصح إلا من اثنين : عاقد ومعقود عليه ، فيحتاج إلى شهود ويحتاج أيضًا في تنفيذه إلى ذكر ، قياسا على الخصومة . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٤/٦) .

٢١١٦٧ - ولأن الخصومة تصح من الرجال والنساء ويتولى الحاكم فصلها ، كذلك النكاح ينعقد بين الرجل والمرأة ، ويتولى القاضي تنفيذه وفصل الخصومة فيه ، فلا فرق بينهما [١] .

* * *

---

(١) أي : أن قولكم : النكاح لا يصح إلا من اثنين غير مسلم ؛ لأنه يصح بالواحد عندنا إيجابا وقبولا ، والقياس على الخصومة غير صحيح لأنها تصح من الرجال والنساء على السواء . انظر : الاختيار (٨٤/٢) .

شهادة الفاسقين على النكاح

٢١١٦٨ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بشهادة فاسقين [١] .

٢١١٦٩ - وقال الشافعي : لا ينعقد [٢] إلا بشهادة العدول [٣] .

٢١١٧٠ - لنا : أن الفاسق يملك قبول النكاح بنفسه ، فجاز أن ينعقد بشهادته ، كالعدل [٤] ، وكالمحدود [٥] في القذف [٦] إذا تاب [٧] .

٢١١٧١ - فإن قيل : القبول تصرف في حق نفسه والشهادة تقع في حق الغير [٨] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٥/٢) ، المبسوط (٣١/٥) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٢١/١) ، حاشية ابن عابدين (٢٣/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٠١/٣) ، والبحر الرائق (٨٧/٣) ، يقول الكمال بن الهمام ﷺ : « ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا » . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٢/٢) . ولقد سبق بيان معنى الشهادة وأركانها .

(٢) ساقطة من (م) وبياض في (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الأم (٢٢/٥) ، المهذب (٥٢/٢) ، مغني المحتاج (١٤٤/٣) ، المجموع (١٩٩/١٦) ، نهاية المحتاج (٢١٨/٦) ، يقول الشيرازي ﷺ « ولا يصح إلا بعدلين » وأما المالكية : فالمشهور عند مالك- ﷺ أن الشهادة ليست شرطًا لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد هو مطلق الإعلان . والشهادة شرط لحل الدخول ، وللإمام مالك ﷺ قول آخر : أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد فعلى هذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عند المالكية . وأما الحنابلة ، فلهم روايتان الأولى : لا ينعقد النكاح بشهادتهما ، والثانية ينعقد بشهادتهما ؛ لأن الفاسق أهل للتحمل فهو أهل للأداء . انظر : بداية المجتهد (١٩/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٩٣/٢) ، الإشراف على مذاهب العلماء (٤٥/٤ ، ٤٦) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٥/٢) ، المغني والشرح الكبير (٤٥٧/٧) ، المقنع (٧/٣) وسبب اختلافهم : هل ما تقع منه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟ انظر : بداية المجتهد (١٩/٢) .

(٤) لقد سبق بيان معنى العدالة وشروطها .

(٥) الحدود جمع حد ، والحد في اللغة المنع ، وفي اصطلاح الفقهاء : عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله تعالى . التعريفات للجرجاني .

(٦) القذف لغة : الرمي ، وفي الاصطلاح : رمي بالزنا على وجه الخصوص . انظر : الاختيار (٢٨٠/٣) .

(٧) أي : أن الفاسق أهل لقبول النكاح لنفسه ، فجاز انعقاد النكاح بشهادته ، قياسا على شهادة العدول ، وقياسا على من أقيم عليه حد القذف إذا تاب . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٢/٣) .

(٨) أي : أن هناك فرقًا بين قبول الفاسق النكاح لنفسه ، وبين شهادته ؛ لأن قبوله النكاح يتعلق به فقط ، أما الشهادة فهي تتعلق بحق غيره . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « النكاح تصرف في حق نفسه ،=

٢١١٧٢ - [قلنا : الشهادة في سائر الحقوق تقع في حق الغير] [١] ولا يمنع منه الفسق ؛ ولأن الفسق في حق الغير يؤثر التهمة [فجاز بشهادته ، والتهمة لا تلحقه في بطلان الأصل] [٢] .

٢١١٧٣ - [فإن قيل : المعنى] [٣] في العدل : أن النكاح يثبت بشهادته والفاسق لا يجوز أن يثبت بشهادته [٤] .

٢١١٧٤ - قلنا : ليس يمتنع أن ينعقد النكاح بحضور من لا تثبت بشهادته ، كالعدل وابن المرأة ، ومن ظاهره العدالة ولا تعرف عدالته في الباطن .

٢١١٧٥ - وعلة الفرع غير مسلمة ؛ لأن الفاسق يجوز أن يثبت النكاح بشهادته ، بدلالة : أنه إذا شهد فغلب على ظن القاضي أنه عدل فحكم بشهادته لم ينقضها .

٢١١٧٦ - ولأنه من أهل الشهادة ، بدلالة : أن حاكما لو رد شهادته لفسقه ثم تاب فشهد بها لم يقبلها ، وبمثله لو شهد العبد فردت شهادته ثم أعتق فشهد بها قبلها ، وإنما لم يقبلها بعد التوبة .

٢١١٧٧ - لأنه حكم برد شهادته فلا ينقض حكمه ، ومن كان من أهل الشهادة انعقد النكاح بشهادته كالمحدود في القذف إذا تاب ؛ ولأنه من أهل شهادة اللعان [٥] إذا قذف زوجته فجاز أن ينعقد النكاح بشهادته .

٢١١٧٨ - أصله : العدل ؛ ولأنها شهادة تختص بالنكاح فلا ينفيها الفسق ، أصله : اللعان ، يبين ذلك أن شرط الشهادة في الانعقاد من خصائص النكاح واللعان من خصائصه [٦] .

= والشهادة أمانة في حق الغير ، فلا يدل أحدهما على الآخر » اهـ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس الفاسق على العدل في قبول شهادته على النكاح قياس غير صحيح لأن النكاح يثبت بشهادة العدل ، ولا يثبت بشهادة الفاسق . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ويخالف العدل فإنه يحصل به مقصود الشهادة وهو الأداء والفاسق بخلافه » اهـ .

(٥) سبق بيان معنى اللعان .

(٦) أي : أن الفاسق أهل للولاية على نفسه فكان أهلا لتحمل الشهادة وأدائها قياسا على العدول . انظر : المبسوط (٣٢/٥) .

٢١١٧٩ - فإن قيل : عندنا يثبت اللعان البينونة (١) ، وتثبت في النكاح الفاسد (٢) .

٢١١٨٠ - قلنا : لابد من ثبوتها من شبهة النكاح .

٢١١٨١ - [ولأن الشهادة شرط في انعقاد النكاح فلا ينفيه الفسق ، أصله : القبول .

٢١١٨٢ - ولأن من ملك أمرًا شرط فيه الشهادة لم يشرط في الشهود ما لم يشترط فيه] (٣) ، أصله : الحاكم .

٢١١٨٣ - ولا يلزم : المكاتب ؛ لأنه لا يملك النكاح وإنما يعبر فيه عن المولى فلذلك جاز أن يعقد بإذن الولي ، وإن لم يجز أن يشهد (٤) .

٢١١٨٤ - احتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (٥) .

٢١١٨٥ - قالوا : رواه عبد الله بن عمر ، وابن مسعود ، وعائشة (٦) .

٢١١٨٦ - الجواب : أن هذا الخبر لا يصح عن النبي ﷺ ، ولو احتججنا بمثله على مخالفنا أكبر الشناعة ، ونسبنا إليه قلة العلم بالحديث ، ويكفي أن يكون هذا لم يذكر في الصحيحين ، ولا ذكره أبو داود في كتابه خبر الشهادة أصلا ، وذكر ابن خزيمة (٧) أن هذه الأخبار موضوعة وتكلم ابن المنذر على جميعها ، وذكر أنه لا أصل لشيء

---

(١) التبيين : الفراق ، وبابه باع ، وبينونة أيضًا ، البينونة : إما أن تكون بينونة صغرى : وهي التي لا يستطيع المطلق بعدها أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين . والكبرى : وهي التي لا يستطيع المطلق أن يعيد المطلقة إلى الزوجية ، إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه . انظر : مختار الصحاح مادة « بين » ، الاختيار (٦٨/٣) .

(٢) أي : أن البينونة تثبت باللعان ، كما تثبت في النكاح الفاسد الذي استوفي أركانه وشروط انعقاده ، وفقد شرطًا من شروط صحته ، كأن يعقد على امرأة محرمة عليه وهو لا يعلم ذلك كأخته من الرضاع مثلا .

(٣) في (م) [لأن الشهادة شرط فيه الشهادة لم يشرط في الشهود ما لم يشرط] .

(٤) أي : أنه لابد من البينونة في النكاح الفاسد ، والشهادة شرط من شروط انعقاد النكاح ، قياسا على القبول ، ومن المعلوم أن من ملك أمرا شرط فيه الشهود لم يشترط في الشهود ما لم يشترط في هذا الأمر . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) انظر : شرح السنة للبغوي (٤٥/٩) .

(٧) هو الإمام الحافظ محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري ، يكنى أبا بكر ، ولد سنة ٢٢٣هـ ، سمع إسحاق ، ومحمد بن حميد ولم يحدث عنهما لصغر سنه ، وحدث عنه : الشيخان خارج صحيحيهما ، ومات سنة ٣١١هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٣١٠ ، البداية والنهاية (١٤٩/١١) ، العبر (١٤٩/٢) .

منها[١] ، وطعن يزيد بن هارون[٢] عليها طعنا مشهورًا ظاهرًا[٣] ، فهؤلاء أئمة الحديث والرجوع إليهم في ذكر الأخبار وقبولها .

٢١١٨٧ – وقد ذكر الدارقطني في هذه الأخبار عن عبد اللَّه بن محرز العامري عن قتادة عن الحسن ، عن عمران بن حصين ، عن عبد اللَّه بن مسعود قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل[٤] » ، وعبد اللَّه بن محرز العامري قال يحيى ابن معين : ليس بثقة ، وقال ابن المبارك : لو خيرت بين أن أدخل الجنة وبين أن ألقى عبد اللَّه بن محرز لاخترت أن ألقاه ثم أدخل الجنة ، فلما رأيته كان بَعْرَةٌ أحبَّ إلي منه[٥] ، وقال البستي : كان من خيار عباد[٦] اللَّه يكذب ولا يعلم[٧] .

٢١١٨٨ – ورواه ثابت بن زهير ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال البستي : ثابت بن زهير لا يبالغ على حديثه [فلا يحتج به][٨] وذكر روايته للمناكير[٩] .

٢١١٨٩ – ورواه محمد بن يزيد بن سنان الجزري كنيته [أبو عبد اللَّه][١٠] ، قال يحيى بن معين : ليس بشيء[١١] .

٢١١٩٠ – ورواه ابن جريج عن سليمان بن موسى ، عن الزهري ، وهذا هو حديث سليمان بن موسى المعروف وقد تكلمنا عليه فيما سلف .

---

(١) انظر : الإشراف لابن المنذر (٤٦/٤) .

(٢) هو يزيد بن هارون بن زاذان الواسطي السلمي أبو خالد ، روى عن : شعبة ، والثوري ، ومالك ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد وابن المديني ، وغيرهما ، توفي سنة ٢٠٦هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (٣٦٦/١١) تذكرة الحفاظ (٣٧١/١) .

(٣) انظر : الإشراف لابن المنذر (٤٦/٤) .

(٤) سبق تخريجه ، ص ٤٨ ولقد سبقت ترجمة عبد اللَّه بن محرز العامري ، وقتادة والحسن البصري ، وعمران بن الحصين ، وابن مسعود .

(٥) انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، باب من اسمه « عبد اللَّه » .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ٢٣/٢ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٩) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ٢٠٦/١ .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أبو فروة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب التراجم . أما أبو فروة ، فهو لقب لأبيه : يزيد بن سنان .

(١١) انظر : الضعفاء لابن الجوزي (١٠٧/٣) .

٢١١٩١ - والخبر إذا كانت هذه طرقه لم يجز أن يحتج به ، على أنه قد عارضه ، ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بشهود »[١] وهو عام[٢] . فنستعمله على عمومه ، ونستعمل الخاص على معنى الفضيلة ؛ لأن الأفضل أن يشهد من يقع التوثيق بشهادته ، وهذا كنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض ، ونهيه عن بيع الطعام قبل القبض[٣] .

٢١١٩٢ - وكقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ ﴾[٤] ، إنا لا نخص عموم الآية بخصوص ما بعده بل نستعملها[٥] .

٢١١٩٣ - فإن قيل : نحمل المطلق[٦] على المقيد[٧] كما حملنا قوله : « في خمس من الإبل شاة »[٨] على قوله : « في خمس من الإبل سائمة »[٩] .

٢١١٩٤ - قلنا : هناك إنما حملناه على المقيد لقيام الدلالة[١٠] .

٢١١٩٥ - فإن قيل : لم يثبت أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشهود » وإنما روي

(١) سبق تخريجه . (٢) العام والخاص : سبق بيان معناهما .

(٣) أخرجهما البخاري ، كتاب البيع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض (١٦/٢) - ومسلم ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٦٦١/١) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٥) أي : أن الآية الكريمة بينت حرمة الصيد على المحرم ، أيا كان نوع هذا الصيد فتحمل هذه الآية على عمومها ولا تخصص بما ذكر بعدها من حرمة صيد البر دون صيد البحر ، حيث يقول الله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعٗا لَّكُمۡ وَلِلسَّيَّارَةِۖ وَحُرِّمَ عَلَيۡكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَرِّ مَا دُمۡتُمۡ حُرُمٗاۗ ﴾ . سورة المائدة آية ٩٦ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٦٨/٢) .

(٦) المطلق : هو اللفظ الذي يدل على موضوعه من غير نظر إلى الوحدة أو الجمع أو الوصف ، بل يدل على الماهية من حيث هي .

(٧) والمقيد : هو اللفظ الذي يدل على الماهية مقيدة بوصف أو حال أو غاية أو شرط . انظر : أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ١٧٠ .

(٨) ساقطة من (م) . والحديث أخرجه البخاري ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الغنم (٢٥٢/١) من حديث أنس- وأبو داود ، كتاب الزكاة ، باب زكاة السائمة - والترمذي ، كتاب الزكاة باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم ، وكلاهما من حديث ابن عمر .

(٩) أخرجه النسائي (١٧/٥) ، كتاب الزكاة ، باب سقوط الزكاة عن الإبل إذا كانت رسلا لأهلها من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .

(١٠) أي : حمل المطلق وهو قوله ﷺ « في خمس من الإبل شاة » على المقيد « في خمس من الإبل سائمة » لقيام الدلالة ، وهي فعل النبي ﷺ في إيجاب الزكاة في الإبل السائمة دون غيرها .

ذلك عن أبي سعيد الخدري (١) .

٢١١٩٦ – قلنا : قد روى أبو حنيفة هذا الخبر عن النبي ﷺ ولم يثبت عنده ، [ولو ثبت هذا الخبر عن النبي ﷺ] (٢) لاقتضى ظاهره اعتبار شهادة من يوصف بالعدالة من وجه [واحد] (٣) ولا يقتضي ذلك اعتبار كل عدالة ، وعندنا لابد في شهادة النكاح من عدالة الإسلام ، والمسلم عدل في دينه ، وإن لم يكن عدلا في أفعاله .

٢١١٩٧ – والظاهر لا يقتضي أكثر من العدالة من وجه واحد ، ألا ترى أن قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٤) يقتضي وجوب القطع بسرقة واحدة لأن الاسم يتناوله بها ، ولا يقتضي وجود كل ما تسمى سرقة (٥) .

٢١١٩٨ – فإن قيل : العدل ضد الفسق ، فيستحيل أن يوصف بالأمرين فيكون عدلا فاسقا .

٢١١٩٩ – قلنا : بل عدل ضده جور ، وعادل ضده جائر ، فالمسلم يوصف بأنه عدل بمعنى أنه ترك الكفر الذي هو جور وعدول عن الحق ، وفي الحماسة :

٢١٢٠٠ – خليلي عوجا بارك الله فيكما ... وإن لم تكن هند لأرضكما قصدا

وقولا لها ليس الضلال أجارنا ... ولكننا جرنا لنلقاكم عمدا (٦)

٢١٢٠١ – فسمى العدول عن الطريق جورا .

٢١٢٠٢ – ولأن قوله : « لا نكاح » يحتمل على نفي الفضيلة ونفي الجواز ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فنحمله على المتيقن وهو نفي الفضيلة .

٢١٢٠٣ – قالوا : ما افتقر ثبوته إلى الشهادة افتقر إلى العدالة ، أصله : ثبوته عند

---

(١) هو سعيد بن مالك الأنصاري الخزرجي المدني أبو سعيد الخدري من علماء الصحابة توفي رضي الله عنه سنة ٧٤هـ. انظر أسد الغابة (١٤٢/٦) ، طبقات الشيرازي ٥١ ، العبر (٨٤/١) .

(٢) في (م) : [ولو ثبت عنده لاقتضى ظاهره] ، وفي (ن) ، (ع) : [ولو ثبت هذا الخبر اقتضى ظاهره] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) السرقة لغة : أخذ المال خفاء ، وشرعا : أخذ البالغ العاقل مقدارا من المال خفية من حرز بمكان أو حافظ بدون شبهة ، والقطع لا يكون إلا في السرقة المستوفي شروطها . كما هو موضح في بابه . انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس (١٧١/٢) . أي أن السارق إذا سرق ما يبلغ نصابا في السرقة دينارا أو عشرة دراهم من حرز مثله لأول مرة فقطعت يده اليمنى ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد لم يقطع بل يحبس حتى يتوب . انظر : الاختيار (٣٠١/٣) .

(٦) انظر : ديوان الحماسة لأبي تمام (١٦١/٣) وقائل هذين البيتين هو الشاعر « ورد الجعدي » .

الحاكم [١] .

٢١٢٠٤ – قلنا : يبطل باللعان فإن ثبوته يفتقر إلى الشهادة ، [ألا ترى : أن اللّه تعالى سماها شهادة ، وهو أولى باسم الشهادة] [٢] من حضور العقد ؛ لأن هناك لا نطلق [ومع ذلك يفتقر اللعان إلى العدالة .

٢١٢٠٥ – ولأن الثبوت يفتقر إلى النطق بالشهادة] [٣] في حق الغير فافتقر إلى العدالة ، وفي مسألتنا : لا نفتقر إلى النطق فلم نفتقر إلى العدالة .

٢١٢٠٦ – ولا يلزم على معارضة الأصل اللعان ؛ لأنها شهادة في حق نفسه [٤] .

٢١٢٠٧ – أو نقول : المعنى في الثبوت أنه يفتقر إلى العدالة الباطنة ، فافتقر إلى الظاهرة ، وفي مسألتنا : شهادة لا تفتقر إلى العدالة الباطنة فلا تفتقر إلى الظاهرة [٥] .

٢١٢٠٨ – وهذه المعارضة على قول من يقول من أصحابنا : إن العدالة الباطنة شرط عند أبي حنيفة فيما بعد عصره .

٢١٢٠٩ – أو نقول : إن الثبوت نفوذ قول الإنسان على غيره فلا ينفذ إلا بقول من لا يتهم ، والفاسق يتهم بالكذب .

٢١٢١٠ – فأما الانعقاد فليس فيه معنى [يؤثر فيه] [٦] التهمة وإنما شرطت الشهادة ليخرج العقد من قبيل السر إلى حيز [٧] العلانية ، وهذا موجود فيمن كان من أهل الشهادة فإن [٨] اتهم في أقواله ، ولهذا ينعقد النكاح عندهم بشهادة العدو ، ولا يثبت

(١) أي : أن كل عقد افتقر في ثبوته إلى الشهادة ، افتقر كذلك إلى العدالة ، قياسا على ثبوت كل عقد أمام الحاكم . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن ما افتقر إلى الشهادة افتقر إلى العدالة ، كالإثبات » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) أي : أن الثبوت يفتقر إلى النطق فافتقر إلى العدالة ، أما الشهادة في مسألتنا لا تفتقر إلى النطق ، فلم تفتقر إلى العدالة ولا يلزم على الثبوت معارضة اللعان له لأن اللعان شهادة في حق الإنسان لا في حق غيره . انظر : الاختيار (١٣٨/٣ ، ١٣٩) .

(٥) أي : أن الثبوت يفتقر إلى العدالة الباطنة ، والتي لا تتحقق إلا بكون الشخص مسلما ، مجتنبا للكبائر ، وغير مصر على الصغائر ، متصفا بالمروءة ، بعيدا عن مواطن التهم . فافتقر إلى العدالة الظاهرة ، والتي تتحقق بكون الشاهد متصفا بالصلاح في الظاهر وعدم الطعن عليه بما ينفي شهادته . أما في مسألتنا فالشهادة لا تفتقر إلى العدالة الباطنة ، فلم تفتقر إلى الظاهرة . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (م) .

بشهادته [١] .

٢١٢١١ – قالوا : ما لا يثبت بشهادة العبدين لا يثبت بشهادة [الفاسقين] [٢] لثبوته عند الحاكم [٣] .

٢١٢١٢ – قلنا : قد ينعقد النكاح بشهادة من لا تثبت شهادته ، بدلالة : العبدين ، وأولاد أحد الزوجين ، ومن ظاهره / العدالة ، والمعنى في الثبوت ما قدمنا [٤] . ٢٣٨/أ

٢١٢١٣ – قالوا : من لا يثبت النكاح بشهادته عند الإدلاء [٥] لا ينعقد بشهادته كالعبدين والصبيين والكافرين [٦] .

٢١٢١٤ – قلنا : هؤلاء لا يملكون قبول النكاح بأنفسهم فلا ينعقد بشهادتهم ، والفاسق [يملك] [٧] القبول بنفسه فينعقد النكاح بشهادته .

٢١٢١٥ – أو نقول [٨] : إن هؤلاء ليسوا من أهل الشهادة ، بدلالة : أنهم لو شهدوا فردت شهادتهم ، ثم زال المانع فشهدوا بتلك الشهادة تقبل ، والفاسق من أهل الشهادة ، بدلالة : إذا شهد فردت شهادته ثم تاب فأعادها ، لم تقبل [٩] .

---

(١) أي : أن الثبوت يفتقر إلى العدالة الظاهرة والباطنة ؛ لأن المراد به نفوذ قول الإنسان على غيره ، فلابد فيه من قول من لا يتهم ، وأما انعقاد النكاح فالشهادة شرطت فيه ليخرج العقد من حيز السر إلى حيز العلانية ، وهذا موجود فيمن كان من أهل الشهادة ، وإن اتهم في أقواله . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٠/٣) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الكافرين] ، ولا وجه له .

(٣) أي : أن كل عقد لا يثبت بشهادة العبدين ، فلا يثبت بشهادة الفاسقين لعدم ثبوت شهادة العبدين عند الحاكم لكونهما ليسا من أهل الشهادة . انظر : الأم (٢٢/٥) .

(٤) أي : أن النكاح قد ينعقد بشهادة من لا تثبت شهادته عند الحاكم ، بدلالة ثبوته بشهادة العبدين وأولاد أحد الزوجين ، ومن ظاهر العدالة ، والمعنى في الثبوت ما قدمنا من أنه يفتقر إلى العدالة الباطنة فافتقر إلى العدالة الظاهرة . انظر : البحر الرائق (٨٨/٣) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن الفاسق لا تقبل شهادته في النكاح ، قياسا على عدم قبول الشهادة على النكاح من العبدين والصبيين والكافرين ، بجامع أن كلا منهم ليس أهلا للإدلاء بالشهادة أمام القاضي . انظر : الأم (٢٢/٥) .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يملك] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي ، يقول صاحب الاختيار : « وينعقد بحضور فاسقين ؛ لأن النص لا يفصل ، ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل » . انظر : الاختيار (١٠/٣) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) أي : أن قياس عدم قبول شهادة الفاسق في النكاح على عدم قبولها من العبدين والصبيين والكافرين ، قياس غير صحيح ؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل الشهادة بدليل أنهم لو شهدوا شهادة فردت هذه الشهادة ثم زال =

٢١٢١٦ – قالوا : ما اختص من بين نوعه بشهادة ، كانت العدالة من شرطها كالشهادة بالزنا [١] .

٢١٢١٧ – قلنا : النكاح لا يختص من بين نوعه بشهادة ، وإنما يختص بتحمل لا يفتقر إلى غيره ، والمعنى في الشهادة بالزنا : [أنها] [٢] تفتقر إلى عدالة الباطن والنكاح بخلاف ذلك [٣] .

٢١٢١٨ – أو نقول : إن الزنا لما اختص من بين نوعه بشهادة اعتبر في شرائطها ما اعتبر في الشهادة بالنوع ، وفي مسألتنا : اختص هذا العقد من بين سائر العقود [بتحمل الشهود فلا يعتبر فيه ما لا يحتاج إليه في صفة التحمل في سائر العقود] [٤] .

٢١٢١٩ – قالوا : التحمل يحتاج إليه للتوثيق عند الأداء ، والفاسق لا يتوثق بشهادته [٥] .

٢١٢٢٠ – قلنا : الشهادة لو اعتبرت للتوثيق عند الأداء جاز تركها كما يجوز في سائر العقود . فلما لم يجز تركها دل على أنها إنما طلبت ليصير العقد في حيز العلانية

= المانع من قبول شهادتهم كأن عتق العبدان ، وبلغ الصبيان ، وأسلم الكافران ، فشهدوا بتلك الشهادة التي ردت قبل زوال المانع تثبت شهادتهم . أما الفاسق : فهو من أهل الشهادة ، بدليل أنه لو شهد فردت شهادته ، ثم تاب من فسقه ، فأعاد هذه الشهادة ، فلم تقبل . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(١) أي : أن النكاح مختص من بين سائر العقود من أن الشهادة ركن من أركانه فيجب أن تكون العدالة شرطًا من شروط الشهادة فيه ، كالشهادة بالزنا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما افتقر إلى الشهادة افتقر إلى العدالة كالإثبات » .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن النكاح لا يختص من بين سائر العقود بشهادة ، وإنما يختص بتحمل لا يفتقر إلى غيره ، أما الشهادة على الزنا فإنها تفترق عن الشهادة على النكاح لأن الشهادة بالزنا تفتقر إلى العدالة الباطنة ، والنكاح بخلاف ذلك . انظر : البحر الرائق (٨٨/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
والمعنى أن قياس الشهادة في النكاح على الشهادة في الزنا بجامع اشتراط العدالة في كل قياس غير صحيح ، وذلك لأن الزنا اختص من بين سائر الحدود بأنه لا يثبت إلا بأربعة شهود ، فاعتبر العدالة في شروطه حفاظا على الأنساب والأغراض ودرءًا للمفاسد ؛ لأنه لو لم يشترط العدالة في شهوده لأدى ذلك إلى عموم الفوضى بين الفساق وادعى الكثير منهم بأنهم شهدوا فلانة وهي تزني ، أما في مسألتنا فيشترط في الشاهد أن يكون أهلا لتحمل الشهادة فقط ، ولا يعتبر فيه ما يشترط في التحمل في سائر العقود . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٥) أي : أن تحمل الشهادة يحتاج إليه للتوثيق عند الأداء أمام الحاكم ، والفاسق لا يتوثق بشهادته ، إذن ليس هو من أهل التحمل . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ويخالف العدل ؛ لأنه يحصل به مقصود الشهادة ، وهو الأداء ، والفاسق بخلافه » اهـ .

ويفارق السر [١]

* * *

(١) أي : أن الشهادة لو اعتبرناها للتوثيق عند الأداء ، جاز تركها كما جاز تركها في عقد البيع ونحوه ، ولكنه لما لم يجز تركها في النكاح دل على أنها طلبت ليخرج العقد من حيز السر إلى حيز العلانية . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٠/٣) .

مسألة ١٠٤٠

شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم بالذمية

٢١٢٢١ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز .

٢١٢٢٢ - وقال محمد : لا يجوز [1] ، وبه قال الشافعي [2] .

٢١٢٢٣ - والكلام مع الشافعي فرع على أصلنا : أن شهادة أهل الذمة مقبولة على الكفار .

٢١٢٢٤ - فإذا ثبت هذا الأصل .

٢١٢٢٥ - قلنا : هذه الشهادة يجوز أن يثبت بها النكاح إذا جحدت المرأة ، فجاز أن ينعقد بها ، كالمسلمين .

٢١٢٢٦ - ولأن الثبوت أضعف والانعقاد أقوى ، فإذا ثبت هذا العقد بهذه الشهادة فلأن ينعقد بها أولى .

٢١٢٢٧ - ولأن الذي يجوز أن يكون وليا في هذا العقد ، جاز أن يكون شاهدا فيه ، كالمسلمات في حق المسلمين .

٢١٢٢٨ - ولأنه يملك قبوله بنفسه ، فجاز أن يكون شاهدا فيه ، كالمسلم في حق المسلم [3] .

---

(١) انظر : المبسوط (٣٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٥٣/٢) ، حاشية ابن عابدين (٢٣/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٣/٣) ، البحر الرائق (٩٠/٣) ، وفيه يقول : « وصح تزويج مسلم ذمية عند ذميين » .

(٢) انظر قول الشافعي في الأم (٢٢/٥) ، المهذب (٥٢/٢) ، المجموع (٢٠٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢١٨/٦) ، يقول الإمام الشافعي ﷺ في كتابه الأم : « ولو شهد النكاح من لا تجوز شهادته وإن كثروا من أحرار المسلمين ، أو شهادة عبيد مسلمين ، أو أهل ذمة ، لم يجز النكاح ، حتى ينعقد بشهادة عدلين » اهـ . وأما المالكية : فيرون أن شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم على الذمية جائز ؛ لأن الشهادة عندهم ليست شرطًا ، بل الشرط عندهم هو الإعلان . انظر : بداية المجتهد (١٩/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، أصحهما : عدم قبول شهادتهما ، والأخرى : تقبل شهادتهما . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٦/٢) ، اختلاف العلماء للمروزي ص ١٢٤ .

(٣) أي : أن شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم على الذمية يجوز أن يثبت بها النكاح إذا أنكرته المرأة ، فجاز انعقاد النكاح بشهادتهما قياسا على ثبوته بشهادة المسلمين ؛ لأن ثبوت النكاح أضعف ، وانعقاده أقوى ، فإذا ثبت بشهادتهما الأضعف وهو الثبوت فمن باب أولى يثبت الانعقاد ، كما أن الذمي أهل لقبول النكاح=

٢١٢٢٩ – قالوا : إنما جاز أن يكون وليا لها ؛ لأن المسلم لا ولاية له عليها ، ولابد من ولي فولي الكافر عليها [١] .

٢١٢٣٠ – قلنا : العدالة عندكم شرط في الولاية والكافر ليس بعدل عندكم ولهذا لا تقبل شهادته ، فكان يجب أن يزوجها الحاكم بولاية القضاء ، كما يلي في مالها إن لم يكن لها ولي [٢] .

٢١٢٣١ – احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٣] .

٢١٢٣٢ – قلنا : قد بينا فيما سلف أن هذا غير ثابت عن رسول الله ﷺ ، ولو ثبت اقتضى وجود ما يسمى عدالة ، والكافر ليس بعدل من حيث الكفر وهو عدل في دينه إذا تمسك بما يعتقده وسدد في أفعاله وإذا تناوله الاسم من وجه واحد دخل تحت الخبر [٤] .

٢١٢٣٣ – قالوا : شخصان لا يعقد بهما نكاح المسلمين ، فلا ينعقد بهما نكاح مسلم وذمية ، أصله العبدان والصبيان [٥] .

٢١٢٣٤ – قلنا : المعنى في الصبيين والعبدين : أنهما لا يملكان قبول العقد ، وليس كذلك الذمي ؛ لأنه يملك قبول هذا العقد بنفسه .

٢١٢٣٥ – أو المعنى فيهما : أنهما لا يملكان الولاية وليس كذلك الذمي ؛ لأنه لا يجوز أن يكون وليًا في العقد ، فجاز أن يكون شاهدًا فيه [٦] .

= لنفسه ، فجاز أن يكون شاهدا فيه . انظر : المبسوط (٣٢/٥) – وشرح فتح القدير على الهداية (٢٠٣/٣) .

(١) أي : أن الذمية التي يعقد عليها المسلم لابد لها من ولي ، فجاز أن يكون الذمي وليا لها ، ولا يجوز أن يكون شاهدا . انظر : الأم (١٥/٥) .

(٢) أي : أن الكافر لا يصح أن يكون وليا عندكم ؛ لأن العدالة شرط في الولاية كما تقولون ، فكان الأولى أن يزوجها الحاكم بولاية القضاء . انظر : حاشية ابن عابدين (٢٣/٣) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) بينا فيما سبق أنه لم يثبت عن رسول الله ﷺ وعلى فرض ثبوته فإنه يقتضي ما يسمى عدالة ، والكافر وإن لم يكن عادلا من حيث الكفر فهو عدل في دينه إذا تمسك بما يعتقده . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٤/٣) .

(٥) أي : أن شهادة الذميين لا ينعقد بها نكاح المسلم بالذمية ، قياسا على عدم انعقاد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادتهما ، وبشهادة العبدين والصبيين . انظر : الأم (٢٢/٥) .

(٦) هذا قياس غير صحيح ؛ لأن العبدين والصبيين لا يملكان قبول النكاح بخلاف الذمي فإنه يملك قبول النكاح بنفسه ، أو لأن العبدين والصبيين ليسا من أهل الولاية بخلاف الذمي ، فإنه من أهل الولاية . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

٢١٢٣٦ - قالوا : نكاح لا ينعقد بشهادة العبدين ، فلا ينعقد بشهادة الكافرين ، أصله : نكاح المسلمين [١] .

٢١٢٣٧ - قلنا : نكاح المسلمين لا يجوز أن يكون الكافر وليا فيه ، فلم يجز أن يكون شاهدا فيه ، وفي مسألتنا بخلافه [٢] .

٢١٢٣٨ - قالوا : سماع الكافر من المسلم لا حكم له في انعقاد النكاح ووجوده وعدمه سواء ، يدل عليه : إذا حضروا نكاح المسلم ، وإذا كان سماعه كلا سماع ، فكأنهما سمعا الإيجاب ولم يسمعا القبول ، فلم ينعقد النكاح [٣] .

٢١٢٣٩ - قلنا : الزوج يملك عليها بالعقد الاستباحة ، وتَمَلُّك ذلك يقف على الشهادة ، وسماعهم في حقها صحيح ، فحصل للزوج شرط استباحته والمملوك من جهة الزوج المهر ، وتملك الأموال لا يقف على الشهادة فإذا صار سماعهم في حق المسلم كلا سماع لا يمنع ذلك من تملك ما هو من جهته ، فلذلك صح النكاح [٤] .

٢١٢٤٠ - فإن قيل : يجب إذا سمعوا كلامهما خاصة أن ينعقد النكاح .

٢١٢٤١ - قلنا : إنما يعتبر سماعهما في حقهما للعقد ، وذلك هو اجتماع الإيجاب والقبول فاعتبر اجتماع الأمرين [٥] .

٢١٢٤٢ - فإن قيل : المرأة تستبيح كما يستبيحها [٦] .

٢١٢٤٣ - قلنا : المعقود عليه من جهة الزوج المهر ، وإنما استباحتها له بالعقد تابع

---

(١) أي : نكاح المسلم بالذمية لا ينعقد بشهادة الذميين ، كما لا ينعقد بشهادتهما نكاح المسلم بالمسلمة ، قياسا على عدم قبول شهادة العبدين والكافرين ، انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٢) هذا قياس غير صحيح لأن الكافر لا يجوز أن يكون وليا في نكاح المسلمين فلم يجز أن يكون شاهدا فيه ، أما نكاح المسلم بالذمية ، يجوز أن يكون وليا فيه ، فجاز انعقاده بشهادته . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٣) أي : أن سماع كلام العاقدين من الإيجاب والقبول في النكاح شهادة ، ولا شهادة للكافر على المسلم ، فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ، وإذا كان سماعهما كلا سماع فكأنهما سمعا الإيجاب ولم يسمعا القبول ، فلم ينعقد النكاح . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٣/٣ ، ٢٠٤) .

(٤) أي : أنه إذا صار سماعهم في حق المسلم كلا سماع ، لا يمنع ذلك من تملك الزوج الاستباحة بالعقد ؛ لأن ملك الاستباحة يتوقف على الشهادة وسماعهم في حق الشهادة صحيح . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٤/٥) .

(٦) أي : أن المرأة تستبيح بالعقد كما يستبيح الزوج ، فلماذا جعلتم سماع الكافرين في حق تملك الزوج الاستباحة صحيحًا دونها ؟

لاستباحته لها ؛ لأنه لا ينفرد أحدهما عن الآخر ، فأما أن يكون استباحته معقودا عليها فلا [١] .

* * *

---

(١) أي : أن استباحة الزوجة للمهر تابع لاستباحة الزوج لها ؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما عن الآخر ، أما أن يكون استباحته لها معقودا عليها فهذا غير مسلم به .

شهادة الرجل والمرأتين على عقد النكاح

٢١٢٤٤ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين (١) .

٢١٢٤٥ - وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بشهادة الرجال .

٢١٢٤٦ - ولا تقبل شهادة النساء عنده في الرجعة ، والطلاق ، والوصية ، والوكالة ، والصلح من دم العمد ، والكتابة (٢) .

٢١٢٤٧ - لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » (٣) ، ومتى اجتمع الرجل مع النساء غلب اسم التذكر ، فقيل : هم شهود ، ولا يقال : هذا خبر لا يعرف ؛ لأن أبا حنيفة رواه (٤) .

٢١٢٤٨ - قالوا : الخبر يقتضي من ينتفي النكاح بعدمه ، والرجل والمرأتان لا ينتفي النكاح بعدمهم ؛ لأنه ينعقد بحضور شاهدين (٥) .

٢١٢٤٩ - قلنا : الخبر لا يقتضي الرجل والمرأتين خاصة ، بل يدل على الرجال ، والرجل والنساء ، ومتى عدم الجميع انتفي العقد .

٢١٢٥٠ - ولأنها شهادة يثبت بها الدم ، فجاز أن ينعقد بها النكاح ، كشهادة

---

(١) انظر : المبسوط (٣٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٥٥/٢) ، شرح فتح القدير (٢٠١/٣) ، حاشية ابن عابدين (٢٤/٣) ، البحر الرائق (٨٧/٣) ، يقول الإمام السرخسي في كتابه المبسوط : « ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٢٢/٥) ، المهذب (٥٢/٢) ، المجموع (١٩٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢١٧/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٢٧٦/٨) . يقول الإمام الشيرازي في كتاب المهذب : « ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح » اهـ . وأما المالكية : فيرون عدم قبول شهادة النساء على عقد النكاح ، يقول ابن رشد رحمه الله : « ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن » . انظر : بداية المجتهد (٥٣٧/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، الأولى : وهي المشهورة في المذهب عدم جواز شهادة النساء مع الرجال على عقد النكاح . والثانية : يجوز ذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤١/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١١٦/٢) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أي : أن الشهود عام يدخل فيه الرجال والنساء من باب التغليب . انظر : المبسوط (٣٠/٥) .

(٥) أي : أن قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » يقتضي من ينتفي النكاح بعدمه ، والرجل والمرأتان لا ينتفي النكاح بعدمهم لأنه ينعقد بحضور شاهدين . انظر : المهذب (٥٢/٢) .

الرجلين .

٢١٢٥١ - [ولأن ما جاز إثباته بالشهادة على الشهادة جاز إثباته بشهادة الرجل والنساء] (١) كالأموال .

٢١٢٥٢ - ولأن شهادة النساء قائمة مقام شهادة الرجال فهم كشهود الفرع (٢) .

٢١٢٥٣ - فإن قيل : شهادة [شهود الفرع كاملة ، وشهادة النساء بينة ضعيفة فلا مدخل لها في النكاح] (٣) .

٢١٢٥٤ - [قلنا : شهادة شهود] (٤) الفرع ليست بقوية ، ولهذا لا يجوز لشاهد الفرع إذا ولي القضاء أن يحكم بما شهد به ، ويجوز لشاهد الأصل أن يحكم بما شهد به .

٢١٢٥٥ - ولأنه معنى لا يسقط بالشبهة ، فاستوت فيه شهادة النساء والرجال كالمال .

٢١٢٥٦ - ومعنى قولنا : « إنه لا يسقط بالشبهة » أن القاضي لا يلقن المقر الرجوع ، وإذا رجع الشهود وحدوا بعد الحكم لم يسقط (٥) .

٢١٢٥٧ - قالوا : الأموال يثبت إتلافها بالشهادة من النساء فكذلك إثباتها ، والبضع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أن شهادة الرجل والمرأتين شهادة يثبت بها الدم في القتل العمد وغيره ، فجاز أن ينعقد بها النكاح قياسا على شهادة الرجلين ، ولأن شهادة النساء تقوم مقام شهادة الرجال فشهادتهن كشهود الفرع . انظر : الاختيار (١٩٥/٢) .

والمراد بشهود الفرع (الشهادة على الشهادة) وهي جائزة من حيث المبدأ بالإجماع ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فقد تتعذر شهادة الشاهد الأصلي لموت أو مرض أو غيبة ، فالشهادة على الشهادة حينئذ تكون هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق عند عدم غيرها ، ولأنه إذا لم تقبل الشهادة الفرعية في مثل هذه الحالات لتعذر الإثبات ، والإثبات لازم عند التنازع على الحقوق يمكن الحكم باستقرارها ، وإسنادها إلى أصحابها الحقيقيين . انظر : المهذب (٣٣٧/٢) ، المغني (٢٠٦/٩) ، مجمع الأنهر (٢١١/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

والمعنى : أن شهادة النساء ناقصة فلا يثبت بها النكاح ، بخلاف شهود الفرع فشهادتهم كاملة . انظر : مغني المحتاج (٤٥٣/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن شهادة شهود الفرع ليست كاملة كما زعم المخالف ، بدلالة أن شاهد الفرع إذا تولي القضاء لم يجز له أن يحكم بما شهد به ، بخلاف شاهد الأصل ، ولأن النكاح لا يسقط بالشبهة فاستوت فيه شهادة النساء والرجال ، قياسا على الأموال . انظر : مجمع الأنهر (٢١٢/٢) .

لا يثبت إتلافه بشهادة النساء [كذلك إثباته [(١)] .

٢١٢٥٨ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن إتلاف البضع إذا وجب المال يثبت بشهادة النساء] [(٢)] كالوطء بشبهة ، وإذا أوجب الحد لم يثبت بشهادتهم [كما أن إتلاف المال إذا أوجب الحد لم يثبت بشهادتين] [(٣)] ، وإن أوجب الغرم ثبت بشهادتهن لأنه نوع عقد فجاز إثباته بشهادة الرجال والنساء كسائر العقود .

٢١٢٥٩ - ولأنه عقد يثبت بدله بشهادة الرجال والنساء فيثبت نفس العقد بشهادتهم كالبيع ؛ ولأنها شهادة يثبت بها آجال الديون ، فثبت بها النكاح ، كشهادة الرجال [(٤)] .

٢١٢٦٠ - فإن قيل : المعنى في الشهادة من الرجال [(٥)] أنها تقبل في القصاص والحدود ، وشهادة النساء بخلاف ذلك [(٦)] .

٢١٢٦١ - قلنا : لأن الحدود والقصاص تؤثر الشبهة فيها ، وفي شهادة النساء شبهة ، والنكاح لا تؤثر الشبهة فيه فهو كالأموال [(٧)] .

٢١٢٦٢ - فإن قيل : النكاح مفارق لغيره من العقود ، بدلالة : أنه لا يثبت بالنكول [(٨)]

---

(١) أي : أن قياس النكاح على الأموال بجامع أن كلا يثبت بشهادة الرجال مع النساء قياس غير صحيح ؛ لأن الأموال يثبت إتلافها بشهادة النساء ، فكذلك إثباتها ، أما البضع فلا يثبت إتلافه بشهادة النساء ، فكذلك إثباته لا يثبت بشهادتهن . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه « والقصد ههنا البضع » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ن) ، (ع) وأثبتناه من (ص) .

(٤) أي : أن النكاح عقد كسائر العقود ، فيثبت بشهادة الرجال مع النساء ، كما أن بدله وهو (المهر) يثبت بشهادة الرجال مع النساء ، فيثبت نفس العقد بشهادتهم ، قياسا على البيع ، كما أن آجال الديون تثبت بشهادة الرجال مع النساء ، فكذلك يثبت بها النكاح ، كشهادة الرجال . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن النكاح لا ينعقد بشهادة الرجال مع النساء ، قياسا على الحدود والقصاص . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والبضع لا يقضى فيه بالنكول ، ولا يدخله البدل ، فالتحق بالحدود والقصاص » .

(٧) أي أنه قياس غير صحيح ؛ لأن الحدود والقصاص تؤثر فيها الشبهة وشهادة النساء شبهة ، أما النكاح فلا تؤثر فيه الشبهة ، فثبت بشهادة النساء مع الرجال ، كالأموال . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٧٢/٧) .

(٨) النكول : هو امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه شرعا دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي يجوز فيها الرد . انظر : نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي ص ١٢١ ، د .نصر فريد واصل ط دار النهضة العربية .

عندكم ولا بالشاهد واليمين عندنا ، وكذلك يفارقها في شهادة النساء (١) .

٢١٢٦٣ - قلنا : إنما افترقنا في النكول ؛ لأنه في معنى البدل ، والأبضاع لا تستباح بالبدل ، والمملوك بالعقد يستباح بالبدل فكذلك يثبت بالنكول (٢) .

٢١٢٦٤ - فإن قيل : المعنى في الأموال أنها تستباح بالإباحة فلذلك تثبت بشهادة الرجال والنساء ، والأبضاع لا تستباح بالإباحة [فلم تثبت بشهادة النساء عندنا .

٢١٢٦٥ - قلنا : بضع الأمة لا يستباح بالإباحة] (٣) ويجوز أن يثبت ملكه بشهادة النساء ، والوكالة ، والوصية تستباح بالإباحة ولا تثبت بشهادة النساء عندهم (٤) .

٢١٢٦٦ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (٥)

٢١٢٦٧ - قلنا : قد بينا أن هذا لايصح [عن رسول الله ﷺ فالاحتجاج به لا يصح] (٦) .

٢١٢٦٨ - ولأن ظاهره يقتضي انعقاد النكاح بشهادة رجل وامرأة لأنهما يسميان شاهدين ، فدل الخبر على أن للنساء في النكاح مدخلا ، أو نحمله على نفي الفضيلة ؛ لأنه لا يستحب للنساء حضور العقود التي يحضرها الرجال في الغالب (٧) .

٢١٢٦٩ - قالوا : النكاح ليس المقصود منه المال ، فلا يثبت بشهادة النساء على الانفراد ، فوجب [ألا يثبت] (٨) بشهادة رجل وامرأتين ، أصله : القصاص (٩) .

---

(١) أي : أن شهادة النساء بينة ضعيفة فلا يثبت بها النكاح ، كما لا يثبت بالشاهد واليمين عندنا ، وكما لا يثبت بالنكول عند الأحناف . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « وهذه بينة ضعيفة ، لا يثبت بها الحدود والقصاص ، فهي كالشاهد واليمين » .

(٢) أي : أن النكاح يفترق عن سائر العقود في النكول ؛ لأن النكول في معنى البدل والأبضاع لا تستباح بالبدل ، والمعقود عليه في البيع مثلا يستباح بالعقد فلذلك يثبت بالنكول . انظر : المبسوط (٥/٣٣) .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قول المخالف : الأبضاع لا تستباح بالإباحة ، فلا تثبت بشهادة النساء قول غير مسلم به لأن بضع الأمة بالإباحة ، ويجوز إثبات ملكه بشهادة النساء ، كما أن الوكالة والوصية تستباح بالإباحة ، ولا تقبل فيها شهادة النساء عندهم . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٧/٣٧٢ ، ٣٧٣) .

(٥) سبق تخريجه . (٦) ساقط من (م) .

(٧) أي : أن ظاهر الحديث يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال في انعقاد النكاح ، أو يحمل على نفي الفضيلة ؛ لأن النساء يكره لهن حضور العقود التي يحضرها الرجال في الغالب . انظر : المبسوط (٥/٣٢) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أن يثبت] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الشافعي .

(٩) أي : أن النكاح لا يقصد منه المال ، بل المقصود منه حل الاستمتاع ، فلا يثبت بشهادة النساء منفردات ، فكذلك لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، قياسا على عدم قبول شهادتين في القصاص . انظر : النكت=

٢١٢٧٠ - قلنا : إذا كان مالا يقصد بالمال وهو الرضاع والولادة ، يثبت بشهادة النساء منفردات ، فثبوت النكاح الذي ليس فيه معنى المال ، بشهادة الرجال والنساء أولى .

٢١٢٧١ - والمعنى في القصاص : أنه يسقط بالشبهة ، وفي شهادة النساء شبهة ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [١] ، والنكاح لا يسقط بالشبهة فلذلك بشهادتين [٢] .

٢١٢٧٢ - فإن قيل : فافتراقهما من هذا الوجه لم يمنع أن يتساويا في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين [٣] .

/ب ٢١٢٧٣ - قلنا : القصاص عندنا يستحلف فيه ، ويستوفي فيما دون النفس / فلم يسلم لهم هذه [٤] التسوية .

٢١٢٧٤ - ثم ليس إذا استوى النكاح والقصاص في امتناع القضاء بالنكول ما وجب تساويهما فيما بيناه من الشهادة [٥] .

٢١٢٧٥ - ألا ترى أن الزنا [٦] ، وسائر الحدود تتساوى في أن شهادة النساء لا تقبل فيها ولا تثبت بالشاهد واليمين ، ثم اختلف حكمها في ثبوتها ، فثبت الزنا بشهادة أربعة وسائر الحدود تثبت بشهادة شاهدين [٧] .

= للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما لا يقصد منه المال واطلع عليه الرجال لم يثبت بشاهد وامرأتين ، كالحدود والقصاص » اهـ .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٢) أي : أن قياس النكاح على القصاص في عدم قبول شهادة النساء في كل قياس غير صحيح ؛ لأن القصاص تؤثر فيه الشبهة ، فلا يثبت بشهادة النساء بخلاف النكاح فلا يسقط بالشبهة . انظر : المبسوط (٣٢/٥) .

(٣) أي : أن افتراق النكاح والقصاص من حيث تأثر القصاص بالشبهة وعدم تأثر النكاح بها ، لا يمنع أن يتساويا في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن تساوي النكاح والقصاص في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين غير مسلم به ؛ لأن القصاص عندنا يستحلف فيه ، ويستوفي فيما دون النفس ، ثم تساويهما في امتناع القضاء بالنكول لا يمنع تساويهما في قبول شهادة النساء مع الرجال فيهما . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٦) الحد في اللغة : المنع ، وشرعا : عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله تعالى والزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك وشبهة . وحد الزاني المحصن : الرجم حتى الموت ، وغير المحصن الجلد مائة جلدة وتغريب عام . انظر : الاختيار (٢٦١/٣ : ٢٨٠) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

=

٢١٢٧٦ - [قالوا : مالا يستباح بالإباحة لا يثبت بشهادة النساء ، كالحدود] [١] .

٢١٢٧٧ - قلنا : بضع الأمة لا يستباح بالإباحة ، ويثبت تملكه في البيع والهبة بشهادة النساء كما أن بضع الحرة لا يستباح إلا بتقديم سبب يقتضي الإباحة ، وذلك السبب يجوز أن يثبت بشهادة النساء [٢] .

* * *

= والمعنى : أن حد الزنا يفترق عن سائر الحدود ، حيث يثبت بأربعة شهود بخلاف سائر الحدود تثبت بشاهدين فقط . انظر : الاختيار (٢٦٢/٣ ، ٢٨٠ ، ٢٨٦) .

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . والمعنى : أن عقد النكاح لا يستباح بالإباحة ، فلا يثبت بشهادة النساء ، قياسا على عدم قبول شهادتين في الحدود . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٥/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٣/٥) ، البحر الرائق (٨٧/٣) .

مسألة ١٠٤٢

تزويج من زالت بكارتها بغير نكاح

٢١٢٧٨ - قال أبو حنيفة : إذا زالت البكارة بالوثبة ، والحيضة ، وطول التعنيس ، أو بالزنا زوجت كما زوجت الأبكار .

٢١٢٧٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : إن زالت بالزنا زوجت كما تزوج الثيب ، وإن زالت بغير وطء . فكما قال أبو حنيفة [١] .

٢١٢٨٠ - وقال الشافعي : إذا زنت زوجت كما تزوج التي وطئت بنكاح [٢] . واختلف أصحابه في زوال البكارة بغير وطء ، فقال ابن أبي هريرة [٣] : هو [٤] كالوطء .

٢١٢٨١ - وقال المروزي [٥] مثل قولنا [٦] .

---

(١) وانظر قول الأحناف في : المبسوط (٢٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٢/٢) ، مجمع الأنهر (٣٣٤/١) ، حاشية ابن عابدين (٦٣/٣) ، شرح فتح القدير (٢٧٠/٣) ، البحر الرائق (١١٦/٣) . والمراد بالوثبة : الوثوب من فوق ، والتعنيس يقال : عنست الجارية وعنست عنوسا ، أي أنها جاوزت وقت التزويج ولم تتزوج . البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (١٨/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، المجموع (١٧٠/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٠/٦) ، شرح روض الطالب المسمى أسنى المطالب (١٢٧/٣) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) ، وفيه يقول : « أما من خلقت بلا بكارة أو زالت بكارتها بغير ما ذكر كسقطة فهي في ذلك كالبكر لأنها لم تمارس الرجال بالوطء في محل البكارة وهي على غباوتها وحيائها » اهـ .

(٣) هو الحسن بن الحسين البغدادي ، أبو علي أحد الأئمة الأعلام في الفقه الشافعي ، توفي رحمه الله سنة ٣٤٥هـ . انظر : ترجمته في : طبقات تقي الدين بن قاضي ص ٩٩ - والأعلام (٢٠٢/٢) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٥) هو إبراهيم بن أحمد المروزي ، كان إماما جليلا ، انتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر حياته إلى مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ . انظر : طبقات العبادي ص ٦٨ ، طبقات الشافعية للإسنوي (١٩٧/٢) .

(٦) انظر قولهما في المهذب (٤٨/٢) . وأما المالكية فيقولون : إنها إن زالت بكارتها بزنا مشهور ، زوجت كما تزوج الأبكار ، وإن زالت بكارتها بغير ذلك زوجت كما تزوج الثيب . انظر : بداية المجتهد (٧/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٩٣/٢) . وأما الحنابلة : فيرون أنها إن زالت بكارتها بزنا مشهور زوجت تزويج الثيب كما هو مذهب الشافعي ، أما إن زالت بكارتها بغير جماع فحكمها حكم الأبكار . انظر : =

٢١٢٨٢ - والكلام يبتدأ في زوال البكارة بغير جماع .

٢١٢٨٣ - والدليل عليه قوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها » ، فقيل : إنها تستحي ، فقال : « إذنها صماتها وسكوتها إقرارها » (١) .

٢١٢٨٤ - فالاستدلال بالخبر من وجهين :

٢١٢٨٥ - أحدهما : أن زوال العذرة (٢) بغير وطء لا يسلبها اسم البكر ، إذ البكر اسم لمن إذا وطئت كان الواطئ أول من (٣) طرقها .

٢١٢٨٦ - ولهذا يقال لأول ولد يولد للرجل : بكر ، وأول النهار : بكرة ؛ لأنه أول ساعات النهار .

٢١٢٨٧ - ويقال لأول ما يدرك من الثمار باكورة : ومعلوم أن ذهاب الجلدة التي على العذرة لا يمنع أن يكون أول من أتاها أول مصيب لها وكانت بكرا ولهذا وصف الله تعالى الأبكار في الجنة فقال : ﴿ لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌّ ﴾ (٤) ولم يصفهن ببقاء العذرة (٥) .

٢١٢٨٨ - فإن قيل : لو ابتاع جارية على أنها بكر فوجد عذرتها قد زالت بالحيض كان له ردها (٦) .

٢١٢٨٩ - قلنا : لأنه قد ابتاعها بصفة تكون معها علامة ، فدل على فقد الوطء وهي العذرة ، فإن لم تكن احتملت المنازعة في ذلك زوال البكارة بالوطء وغيره ، فردها لفقد العلامة ، حتى قال بعض أصحابنا : إن اعترف المشتري أن البكارة زالت بغير الوطء لم يردها (٧) .

=المغني والشرح الكبير (٣٨٨/٨) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) العذرة : بضم العين وسكون الذال وفتح الراء : هي الجلدة التي على المحل . انظر : المصباح المنير مادة (عذر) ، البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) سورة الرحمن : الآية ٥٦ ، ٧٤ .

(٥) أي : أن زوال (العذرة) أي الجلدة التي على المحل بغير وطء لا يسلب البكر اسم البكارة ، لأن البكر اسم لمن إذا وطئت كان مصيبها أول مصيب . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٠/٣) .

(٦) أي : أنه لو باع رجل جارية بشرط أنها بكر ، فوجدها المشتري زائلة البكارة بدون وطء ، كان له ردها ، فدل على أنها ليست ببكر بعد ما أصابها الذي أصابها من زوال البكارة بغير وطء . انظر : المبسوط (٥/٨) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٢٧١/٣) .

٢١٢٩٠ - وجواب آخر : وهو أنه إذا اشتراها بكرًا فقد شرط العذرة في العادة ، وهو يردها لفقد ذلك الجزء لا لزوال البكارة (١) .

٢١٢٩١ - الوجه الثاني من الاستدلال قولهم : إنها تستحي . فقال : « سكوتها إقرارها » فجعل العلة في ذلك وجود الحياء وهذا موجود فيمن زالت عذرتها بالحيض فإن الحياء لا يرتفع عنها كما لا يرتفع عن العذراء لا يرتفع عنها ، والحكم يتعلق بالعلة التي وجدت (٢) .

٢١٢٩٢ - فإن قيل : البكر إذا عجزت وتزوجت عدة أزواج كلهم مات عنها ، فإذنها سكوتها وإن كانت لا تستحي في العادة ، إذا خاصمت في مهرها مرة بعد أخرى (٣) .

٢١٢٩٣ - قلنا : قد أجرى اللّٰه العادة [ببقية الحياء ما دامت البكارة ، كما أجرى اللّٰه تعالى العادة] (٤) بإكمال العقل عند البلوغ .

٢١٢٩٤ - وقد يتأخر البلوغ فيوجد العقل لكنه في العادة لا يكمل قبله ، كذلك [قد ينقص الحياء] (٥) لعلو السن ، إلا أنه لا يفقد لزوال البكارة فسقط هذا .

٢١٢٩٥ - وأما إذا زالت العذرة بالزنا ، فالدليل على أن الحياء موجود متى استأذنها الولي لأنه يتصور أنه يزوجها ليعفها ، والحكم يتعلق بالعلة (٦) .

٢١٢٩٦ - فإن قيل : الزانية لا تستحي في العادة لأنها تتقبح .

٢١٢٩٧ - قلنا : لا يكون ذلك مع أبيها الذي يستأذنها ، وإنما يكون مع الأجانب لا

---

(١) انظر : حاشية سعد أفندي على شرح فتح القدير (٢٧٠/٣) .

(٢) أي : أن العلة في سكوت البكر إنما هي (الحياء) وهو موجود فيمن زالت بكارتها بغير وطء . انظر : المبسوط (٧/٥) .

(٣) أي : أن جعل علة سكوت من زالت بكارتها بغير وطء هي « الحياء » قول غير مسلم به ؛ لأن البكر إذا تزوجت عدة أزواج ولم يدخل بها واحد منهم وكلهم ماتوا عنها واحدا بعد الآخر ، فإنها لا تستحي عادة لأنها تخاصم في مهرها مرة بعد أخرى . انظر : نهاية المحتاج (٢٣٠/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن البكر الكبيرة التي تزوجت عدة أزواج كلهم ماتوا عنها لا يزول حياؤها كاملًا ، بل قد ينتقص الحياء لعامل السن ، ومن زالت عذرتها بالزنا ربما تستحي بدليل أن الولي يستأذنها في الزواج ليعفها ، والحكم يتعلق بالعلة . انظر : المبسوط (٧/٥) .

سيما إذا فرضنا الكلام فيمن ندر ذلك منها ولم يتكرر .

٢١٢٩٨ – ولأن بكارتها زالت بفعل في غير ملك لا يوجب مهرًا ولا عدة فصار كزوالها بالوثبة والحيضة (١) .

٢١٢٩٩ – قالوا : لا تأثير لهذا الوصف لأن مجنونًا لو أكرهها على الزنا وجب لها المهر ، ومع ذلك تزوج كما تزوج البكر (٢) .

٢١٣٠٠ – قلنا : لا رواية في هذه المسألة ، ومن أصحابنا من قال : تعليل المسألة أن تكون في حكم الثيب (٣) .

٢١٣٠١ – ولأن بكارتها بمعنى غير مستحق ولا جعل في حكم المستحق فهو كزوالها بالوثبة .

٢١٣٠٢ – ولأنه معنى سببها لا يتعلق به مهر ولا عدة كالجراحة (٤) .

٢١٣٠٣ – احتجوا بقوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها » (٥) .

٢١٣٠٤ – قالوا : وهذه ثيب (٦) .

٢١٣٠٥ – قلنا : الزنا لا يزيل اسم البكارة عنها ، بدلالة قوله ﷺ : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » (٧) فسمى ﷺ من كان حدها الجلد بكرًا ، فدل على أن الزنا

---

(١) أي : أن الزانية تستحي ولكن مع أبيها ، أما مع الأجانب فإنها لا تستحي ولاسيما من ندر ذلك منها ولم يتكرر ، ولأن بكارة الزانية قد زالت في غير ملك كما أن وطأها لا يوجب مهرًا ولا عدة ، فزال كزوالها بوثبة أو حيضة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٢/٣) .

(٢) أي : أن عدم وجوب المهر لمن زالت بكارتها بالزنا غير مسلم به ؛ لأنه لو أجبرها مجنون على الوطء وجب لها المهر ، ومع ذلك تزوج كما تزوج الأبكار . انظر : مغني المحتاج (١٤٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٧/٥) ، البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٤) أي : أن من أجبرها مجنون على الزنا قد زالت بكارتها بمعنى غير مستحق ولا في حكم المستحق ، فزوالها كالوثبة ، ولأن إجبار المجنون لها على الزنا سبب لا يتعلق به مهر ولا عدة ، قياسًا على الجراحة . انظر : المبسوط (٨/٥) .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٦) أي : من زالت بكارتها بالزنا ثيب ، وليست بكرًا لزوال بكارتها . انظر : أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٢٧/٣) .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا – وأبو داود ، كتاب الحدود ، باب في الرجم – والشافعي=

لا يزيل اسم البكارة .

٢١٣٠٦ - ولا يقال : إنه سماها بكرًا قبل أن تزني ؛ لأنها بالزنا الثاني تجلد ، فدل على أن الاسم لم يزل [١] .

٢١٣٠٧ - وجواب ثان : أن النبي ﷺ علق الحكم بمعنى وهو الحياء .

٢١٣٠٨ - والاسم المذكور وهو البكارة ، والثيوبة هو الاسم المعلل ، فوجب اعتبار المعنى دون اسم محل المعنى [٢] ، كقوله ﷺ : « الْبُرُّ بالْبُرِّ مثلًا بمثل كيلًا بكيل » [٣] .

٢١٣٠٩ - لأن المعنى الكيل ، والبر هو المعلل ، فثبت الربا [٤] في غير البر لوجود المعنى فيه ، ويوجد البر ولا يجرى التحريم فيه إذا كانت بحيث لا تكال كالخبز .

٢١٣١٠ - فدل على بطلان الاسم مع وجود المعنى الذي تعلق به الحكم [٥] .

٢١٣١١ - قالوا : وطئت في قبلها ، فوجب أن يكون إذنها النطق مع القدرة عليه ، كما لو وطئت بنكاح ، أو ملك يمين ، أو نكاح فاسد ، أو شبهة [٦] .

= في مسنده ، كتاب الحدود ، باب في الزنا (٧٧/٢) .

(١) أي : أن النبي ﷺ في قوله : « البكر تستأمر في نفسها » إلخ الذي سبق تخريجه علق الحكم وهو الاستئمار على علة وهي الحياء والاسم البكارة ، أما الثيوبة فهي الاسم المعلل ، فوجب اعتبار المعنى وهو زوال البكارة دون اسم محل المعنى ، وهو الثيوبة ، فمن زالت بكارتها بالوطء تزوج كما تزوج الأبكار .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٢٧١/٣) .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا - والدارمي في سننه ، كتاب البيوع ، باب النهي عن الصرف .

(٤) الربا لغة : الزيادة ، وفي الاصطلاح : هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في البيع . انظر : شرح العناية على الهداية (٣/٧) .

(٥) المعنى : أن علة الربا هي المكيل في المكيال والوزن في الموزون ، يقول سعد أفندي في حاشيته « فلو بقيت قليلة أو موزونة لوجب مثلها ، فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم » اهـ . انظر : حاشية سعد أفندي مع شرح فتح القدير (١٠/٧) . ويقول الزيلعي : « والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير ، فعلم أن مالا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية » اهـ . انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٨٧/٤) ط دار المعرفة .

(٦) أي : أنَّ من زالت بكارتها بالزنا ، موطوءة في قبلها ، فإذنها النطق ، قياسًا على الموطوءة بنكاح صحيح أو ملك يمين ، أو نكاح فاسد أو شبهة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنها موطوءة في القبل ، فلم يكن إذنها الصمت ، كالموطوءة بشبهة » اهـ .

٢١٣١٢ – قلنا : الوطء في هذه المواضع لا يضرها معه وقوف [1] العقد على نطقها .

٢١٣١٣ – ألا ترى أن النسب لم يندب إلى سيرة فلذلك اعتبر النطق ، والزانية لو وقف نكاحها على نطقها أضر ذلك بها ؛ لأنه يعلم بذلك أنها زنت . وقد ندب الولي إلى سترها فلا يجوز أن يضر بها بالتماس نطقها [2] .

٢١٣١٤ – أو نقول : الوطء في النكاح والشبهة تعلق به مهر وعدة [والزنا وطء في غير ملك فلم يتعلق به مهر ولا عدة] [3] والمعنى في الوطء بملك اليمين أنه وطء في ملك ، وفي مسألتنا في غير ملك ولا ما جرى مجرى الملك [4] .

٢١٣١٥ – فإن قيل : قال محمد [5] في الجامع [6] إذا أوصى لأبكار بني فلان . لم تستحق المزنى بها الوصية [7] .

٢١٣١٦ – قلنا : قال أبو الحسن [8] : هذا الجواب على قول أبي يوسف ومحمد خاصة على أن الاستحقاق في الوصية يستحق بالاسم ، وفي مسألتنا يتعلق الحكم بالمعنى المستنبط من الاسم فلذلك استويا [9] .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وفرق] ، ولا وجه له .

(٢) أي : أن من زالت بكارتها بالزنا ، لو وقف نكاحها على نطقها ، كان ذلك حرزًا عليها ؛ لأن من أراد نكاحها يعلم بوقوف النكاح على نطقها ، أنها قد زنت والولي مندوب إلى سترها ، فلا يجوز له أن يضر بها بالتماس نطقها . انظر : المبسوط (٥/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس من زالت بكارتها بالزنا على من وطئت بشبهة أو نكاح فاسد قياس غير صحيح ؛ لأن الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد وطؤها يوجب مهرًا وعدة بخلاف الزنا ، فإنه لا يوجب مهرًا ولا عدة ، كما أن القياس على الموطوءة بملك اليمين قياس غير صحيح ؛ لأن الموطوءة بملك اليمين موطوءة في ملك ، بخلاف المزني بها فإنها وطئت في غير ملك . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٧٠) .

(٥) هو الإمام الجليل محمد بن الحسن الشيباني ، ولقد سبقت ترجمته .

(٦) الجامع الكبير كتاب صنعه الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وهذا الكتاب عنيت بطبعة لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر اباد بالهند .

(٧) انظر : الجامع الكبير ، باب الوصية لبني فلان ص ٢٨٨ .

(٨) هو عبد الله بن الحسين بن دلال ، أبو الحسن الكرخي الحنفي ، نسبة إلى الكرخ ، جانب من جانبي بغداد ، وتوفي سنة ٣٤٧هـ . انظر ترجمته في : الفوائد البهية ص ١٠٨ ، وتاج التراجم ص ٦ ، ١٥ .

(٩) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٧٢) .

مسألة ١٠٤٣

تزويج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب

٢١٣١٧ - قال أصحابنا : إذا اجتمع في المجنونة أخوان أحدهما لأب وأم والآخر لأب فالأخ لأب وأم أولى بتزويجها [١] .

٢١٣١٨ - وهو قول الشافعي في [٢] الجديد .

٢١٣١٩ - وقال في القديم : هما في الولاية سواء ، ويحل العقد عليها [٣] والصلاة عليها إذا ماتت [٤] .

٢١٣٢٠ - لنا : أن أحدهما لا تعصيب له مع الآخر كالأخ وابن الأخ ولأن أحدهما ينسب إلى الأبوين والآخر إلى أحدهما فصار كالأخ لأب وأم والأخ لأم ؛ ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب والأخ للأب [٥] والأم فيه أولى من الأخ للأب كالإرث والولاء [٦] .

٢١٣٢١ - قالوا : اعتبار الولاية بالإرث لا يصح لأن الإرث يثبت للصغير والمجنون ولا ولاية لهما [٧] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٩/٤) ، بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) ، شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) ، البحر الرائق (١١٩/٣) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : الأم (١٣/٥) ، المهذب (٤٦/٢) ، المجموع (١٥٥/١٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٣٢٨/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٤٤/٤) . وأما المالكية والحنابلة : فإنهم يوافقون الأحناف والشافعية في الجديد في ثبوت الولاية للأخ الشقيق عند اجتماعه مع الأخ لأب . انظر : بداية المجتهد (١٤/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩/٢ ، ٥) المغني والشرح الكبير (٣٤٨/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٩/٢) ، المقنع (٢٠/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) الولاء : هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه ، أو سبب عقد الولاة انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٨ .
والمعنى أنه إذا اجتمع الأخ الشقيق مع الأخ لأب قدم الشقيق في ولاية النكاح على الأخ لأب قياسًا على تقديمه في الميراث والولاء . انظر : شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) .

(٧) أي : أن قياس الولاية في النكاح للأخ الشقيق دون الأخ لأب قياسًا على تقديمه في الميراث ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن الميراث يثبت للصغير والمجنون ولا ولاية لهما في النكاح . انظر : مغني المحتاج (١٥١/٣) .

٢١٣٢٢ - قلنا : الولاية معتبرة بالإرث إلا أنا نعتبر في الوارث صفة ، كما أنها تتعلق بالأبوة وتعتبر فيها صفات مخصوصة (١) .

٢١٣٢٣ - احتجوا بأنهما استويا في قرابة الأب ولكل واحد منهما ولاية في النكاح إذا انفرد فوجب أن يستويا فيها ، أصله إذا كان من أب وأم (٢) .

٢١٣٢٤ - قلنا : تساويهما في قرابة الأب لا يمنع أن يكون أحدهما أولى بالولاء [كذلك لا يمنع أن يتقدم في ولاية النكاح] (٣) ولأنهما إذا كانا لأب وأم فقد تساويا في التعصيب وصحة القول فتساويا في الولاية .

٢١٣٢٥ - وفي مسألتنا لم يتساويا في التعصيب فلم يتساويا في الولاية (٤) .

٢١٣٢٦ - قالوا : تساويا في الإدلاء بالأب ، وانفرد أحدهما بالانتساب إلى الأم ولا مدخل لها في ولاية النكاح (٥) .

٢١٣٢٧ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن الأم تلي في النكاح على رواية الأصول (٦) ثم لو سلمنا ذلك لم يصح لأنه لا يمنع أن تستفاد الولاية من الأب ويترجح أحدهما بالأم كما أنه أولى بالولاية وهو مستفاد بالانتساب إلى الأب .

٢١٣٢٨ - فأما الانتساب إلى الأم فلا يثبت فيه ولا لمن يساويهما للأم ، وكذلك التعصيب مستفاد بالأب ، وتترجح العصبة بالانتساب إلى [الأم] (٧) ولا مدخل لها في

---

(١) أي : أن الولاية في النكاح معتبرة بالإرث بيد أننا نعتبر في الوارث صفة ، هي الإدلاء فمن يدلى بأبوين يقدم على من يدلى بأب ، كما أنها تتعلق بالأبوة وتعتبر فيها صفات مخصوصة . انظر : حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) .

(٢) أي : أن الأخ الشقيق والأخ لأب استويا معا في قرابة الأب ، وإذا انفرد كل واحد منهم كانت له ولاية في النكاح ، فاستويا معا . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا أنهما استويا في قرابة الأب ، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر في التزويج » اهـ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٤) أي : أن تساوى الأخ الشقيق مع الأخ لأب في قرابة الأب ، لا يمنع أن يكون أحدهما أولى بالولاء ، فلا يمنع أن يتقدم الشقيق على الأب في ولاية النكاح كما أنهما لم يتساويا في التعصيب ، فكذلك لم يتساويا في ولاية النكاح . انظر : المبسوط (٢١٩/٤) .

(٥) أي : أن الأخ الشقيق انفرد بالانتساب إلى الأم كما انتسب إلى الأب والأم ليست لها ولاية في النكاح . انظر : النكت للشيرازي : وفيه يقول : « للأم مدخل في الإرث والولاء ، فيقدم بها ولا مدخل لها في الولاية فلم يقدم » اهـ .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢٨٥/٣) . (٧) في (ع) ، (ن) : [للأب] ، ولا وجه له .

التعصيب [١] .

٢١٣٢٩ - فإن قيل : إنما يترجح الأخ لأم ؛ لأن المرأة تستحق الولاء كالرجل .

٢١٣٣٠ - قلنا : تستحق ما باشرت أو باشره من أعتقت ، فأما إن استحق الولاء من غير هذه الجهة فلا ، والأخ هنا يترجح بالأم في الولاء المنتقل [٢] من غيرها ولا مدخل لها في الولاء المنتقل [٣] .

٢١٣٣١ - قالوا : إنما يترجح الأخ في الإرث بالأم لأنها ترث بالسهم [٤] .

٢٣٠/أ **٢١٣٣٢** - قلنا : إنما يترجح/ تعصيب الأخ بها ، ولا يترجح إرثه ، ثم يرث بقوة التعصيب ولا مدخل للأم في التعصيب [٥] .

* * *

---

(١) أي : أن قول المخالف « الأم لا مدخل لها في النكاح » قول غير مسلم به ولأن الأم عندنا تلي في النكاح . انظر : الاختيار (٢٨/٣) .

(٢) في (م) : [المستقبل] ، وفي (ن) ، (ع) : [المستقل] ، ولا وجه لهما .

(٣) أي : أن الأم تستحق الولاء إذا باشرت العتق بنفسها ، أو باشره من أعتقته ولا تستحق الولاء فيما عدا ذلك ، والأخ الشقيق ترجح بالأم في الولاء المنتقل إليها من غيرها ، ولا مدخل لها في الولاء المنتقل . انظر : الاختيار (٢١٢/٣) .

(٤) أي : أن الأخ الشقيق ترجح عن الأخ لأب ، بالأم ؛ لأنها ترث بالفرض وفرضها السدس أو الثلث ، كما هو مقرر في الفرائض . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢٥٠/٣) .

(٥) انظر : المبسوط (٢١٩/٤) .

ولاية الابن على أمه

٢١٣٣٣ - قال أبو حنيفة : يجوز [١] للابن تزويج أمه المجنونة وإن لم يكن من قبيلتها [٢] .

٢١٣٣٤ - وقال الشافعي : لا يملك تزويجها إلا أن يكون من قبيلتها [٣] .

٢١٣٣٥ - لنا : أنه عصبة له قول صحيح كالأب وكالابن من القبيلة ، ولأن تعصيبه أقوى من تعصيب الأب ؛ لأن الأب معه دونهم فأما ملك الأب تزويجها إذا انفرد فمن هو أقوى تعصيبًا أولى .

٢١٣٣٦ - ولأن كل حكم ثبت للابن إذا كان من قبيلتها ثبت له وإن كان من غير [٤] قبيلتها كالإرث والصلاة عليها واستيفاء القصاص إذا قتلت [٥] .

٢١٣٣٧ - احتجوا : بأنه ليس لابنها لأبيه تزويجها بحال فلا يملك ابنه تزويجها ، أصله الأجنبي [٦] .

٢١٣٣٨ - قلنا : المولى المعتق يزوج المعتقة وأبوه لا يملك تزويجها بحال ، والمعنى في

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط (٢٢٠/٤) ، بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٧/١) ، حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) ، شرح فتح القدير (٢٩٠/٣) ، البحر الرائق (١٢٧/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (١٤/٥) ، المهذب (٤٦/٢) ، المجموع (١٥٨/١٦) ، مغني المحتاج (١٥١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٢/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٣٠/٦ ، ٣٣١) . ويرى الإمام مالك وأحمد والصاحبان أنه تثبت ولاية الابن على أمه وإن لم يكن من قبيلتها كما هو مذهب أبي حنيفة ولكنهم اختلفوا في ترتيب ولايته فيرى مالك وأبو يوسف أنه مقدم على الأب ، واختار أحمد ومحمد بن الحسن أن الأب مقدم عليه واختار أبو حنيفة أنهما سواء . انظر : المجموع (١٥٨/١٦) ، المغني والشرح الكبير (٣٤٧/٧) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٥/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أي : أن الابن مقدم في العصوبة ، والولاية في النكاح مبنية عليها ، فكل حكم ثبت للابن إن كان من قبيلة أمه ثبت له وإن لم يكن من قبيلتها ، قياسًا على الإرث والصلاة عليها إذا ماتت ، واستيفاء القصاص إذا قتلت . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٩١/٣) .

(٦) أي : أن والد الابن والذي كان زوجًا لتلك الأم المجنونة لا ولاية له في نكاحها فكذلك ليس لابنه ولاية عليها في نكاحها إلا إذا كان من قبيلتها ، قياسًا على عدم ولاية الأجنبي عليها في النكاح . انظر : الأم (١٤/٥) .

الأجنبي أنه ليس بعصبة منها فلم يملك تزويجها بالولاية الخاصة ، والابن عصبتها وله قول صحيح فملك تزويجها [1] .

٢١٣٣٩ - قالوا : الابن لا يخلو أن يكون أصلًا في ولاية النكاح أو فرعًا ، ولا يجوز أن يكون أصلًا ؛ لأن أباها قد ثبت له عليها الولاية ومن كان أصلًا لم يكن مسبوقًا عليها .

٢١٣٤٠ - ولأنه لا يملك الولاية في مالها ، ولو كان أصلًا لملك الولاية في المال ، ولو كان فرعًا لم يخل أن يكون فرعًا لأبيه أو لها فلا يجوز أن يكون فرعًا لأبيه .

٢١٣٤١ - لأنه لا يملك الولاية عليها ولا يجوز أن يكون فرعًا لها لأن النساء لا مدخل لهن في الولاية [2] .

٢١٣٤٢ - قلنا : الابن فرع في الولاية هو فرع لها لأبيه ، ولها الولاية على نفسها عندنا لو كانت عاقلة ، ثم هذا يبطل بالتعصيب ؛ لأنه عصبتها ، ولا يجوز أن يكون أصلًا في التعصيب [لأن النساء لا مدخل لهن في التعصيب ، ثم ثبت التعصيب باتفاق بانتسابه إليها ، واستحقاقه ميراثها] [3] لأن تعصيب أبيها سابق .

٢١٣٤٣ - ولا يكون فرعًا عليها في التعصيب ؛ لأن ميراثها بقدر فرض مقدر ولم يكن أصلًا في التعصيب ولا فرعًا ، كذلك الولاية [4] .

٢١٣٤٤ - قالوا : الابن يلحقه الشين [بتزويجها ، فلو جعلناه وليا عضلها [5] .

٢١٣٤٥ - قلنا : يبطل إذا كان من قبيلتها] [6] .

---

(١) أي : أن قياس عدم ولاية الابن على أمه في النكاح إذا لم يكن من قبيلتها على عدم ولاية أبيه عليها في النكاح ، قياس غير صحيح ؛ لأن المولى المعتق يزوج المعتقة ، وأبوه لا يملك تزويجها بأي حال من الأحوال ، وأما الأجنبي فلم يملك تزويجها لانعدام العصوبة ، والابن عصبتها وله قول صحيح فملك تزويجها . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) ، حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) .

(٢) أي : أن الابن الذي ليس من قبيلة أمه ليس أصلًا لها في ولاية النكاح ؛ لأنه لو كان كذلك لكان له عليها ولاية في مالها ، وليس فرعًا لأبيه في ولاية النكاح لأن أباه لا ولاية له عليها في نكاحها ، كما أنه ليس فرعًا لأمه ؛ لأنه لا مدخل للنساء في ولاية النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن الابن ليس بأصل في الولاية ، وليس بفرع لأبيه ؛ لأنه أجنبي منها ، ولا فرع لأمه ؛ لأن الأم لا ولاية لها في النكاح » .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) أي : أن الابن فرع لأمه في الولاية ؛ لأنها أهل للولاية على نفسها عندنا إذا كانت بالغة ، ويبطل قول المخالف : « ولا يجوز أن يكون فرعًا لها بالتعصيب ؛ لأن الابن عصبة لها بانتسابه إليها واستحقاقه ميراثها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٩١/٣) .

(٥) أي : أن الابن الذي ليس من قبيلة أمه يلحقه الشّين بتزويجها ، فلو جعل هذا الابن وليًا لها لمنعها الأزواج . انظر : نهاية المحتاج (٢٣٢/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

كفاءة من له أب واحد في الإسلام لمن له أبوان أو آباء

٢١٣٤٦ - قال أصحابنا : من له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤًا لمن له أبوان أو آباء (١) .

٢١٣٤٧ - وقال الشافعي : يكون كفؤًا (٢) .

٢١٣٤٨ - لنا : أن من أسلم بنفسه يقال له : مسلماني ، ويقال لابنه : ابن المسلماني يعير به لتأخيره الإسلام . والمرجع في الكفاءة إلى العادة بدلالة نقصان (٣) المال وقصور النسب .

٢١٣٤٩ - ولا يقال : إن هذا لا يجوز أن يقال لمن أسلم لأنا لا نجوز ذلك إلا أنه لا يخرج أن يكون معتقًا ، كما أن الإنسان لا يجوز أن يعير بنقصان المال ولا بقصور النسب ، إذا كان كامل الدين إلا أنهم لما اعتادوا ذلك منع الكفاءة (٤) .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣١٩/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٠/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٧/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٨/٣) ، البحر الرائق (١٣٢/٣) . يقول الإمام السرخسي : « ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤًا لمن له أب في الإسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الإسلام» اهـ . المبسوط (٢٤/٥) .

(٢) انظر : المهذب (٥٠/٢) ، المجموع (١٨٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٦٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٨/٦) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٣٨/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٥٢/٦) وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٥٣/٣) وفيها يقول : « والظاهر أن من أسلم تبعًا كفؤًا لمن أسلم بنفسه » . وأما المالكية : فيفهم من مذهبهم أنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا ، ففي الخرشي : « والموالي وغير الشريف والأقل جاهًا كفء » يعني أن كل واحد من هؤلاء الثلاثة كفء لمن هو دونه في المرتبة فالمولى أي العتيق كفء للعربية ، وغير الشريف كفء للشريفة ، والأقل جاها كفء لمن هو أقل منه جاهًا » . وانظر : الخرشي على مختصر سيدي خليل (٢٠٧/٣) ، بداية المجتهد (١٧/٢) وكذلك الحنابلة يوافقون المالكية والشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٨/٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن من أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كفؤًا لمن له أبوان أو آباء في الإسلام ؛ لأن تمام النسب بالأب والجد ، ومن المعلوم أن الإنسان لا يعير بنقصان المهر ولا بقصور النسب إذا كان كامل الدين ، إلا أنهم لما اعتادوا ذلك منع الكفاءة . انظر : شرح فتح القدير على شرح الهداية (٢٩٨/٣) .

٢١٣٥٠ – احتجوا : بأن النبي زوج عثمان [١] وقد أسلم بنفسه [٢] .

٢١٣٥١ – قلنا : في ذلك الوقت لم يتقادم عهد الإسلام ولم يكونوا يعيبون بذلك ، ولما تقادم عهد الإسلام عابوا من تخلف عنه وعيروه بالتأخير ، ثم لا حجة فيه لأن النبي ﷺ فعل الأولى ولم يعتد بما لا يجوز الاعتداد به في الشرع ، كما أن الولي مندوب إلى تزويج الفقير إذا كان صالحا ولا يمنع هذا من اعتبار الفقر وعدم الكفاءة [٣] .

* * *

(١) سبقت الترجمة ، وزوجه رقية وهاجر بها إلى الحبشة ، فولدت له عبد الله ، وماتت عنده أيام غزوة بدر في الثانية من الهجرة ، ثم زوجه ثانيًا أختها أم كلثوم ، وتوفيت عنده أيضًا في التاسعة من الهجرة ، ولم تلد له ؛ فلذلك كان يلقب بذي النورين . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٦٢/٢) ، (٤٨٩/٤) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٦٤/٣) ، والمغني والشرح الكبير (٣٧٦/٧) .

(٣) أي : أن النبي ﷺ زوج عثمان بن عفان وقد أسلم بنفسه ؛ لأنه في ذلك الوقت لم يتقادم عهد الإسلام فلم يكونوا يعيرون بعدم الدخول فيه . أما عندما تقادم عهد الإسلام فكانوا يعيرون من تأخر عن الدخول فيه كما أن تزويج النبي ﷺ لعثمان ، ليس لهم فيه حجة لأنه ﷺ فعل الأولى ؛ لأن الولي مندوب إلى تزويج الفقير إذا كان صالحا . انظر : حاشية ابن عابدين (٨٧/٣) .

مسألة ١٠٤٦

رضا بعض الأولياء بترك الكفاءة

٢١٣٥٢ - قال أبو حنيفة : إذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم يكن للباقين الاعتراض [١] .

٢١٣٥٣ - واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من قال : لا يجوز عقده ، ومنهم من قال : يصح عقده ولبقية الأولياء الاعتراض [٢] .

٢١٣٥٤ - والدليل على جواز العقد : أن كل واحد من الأولياء في النكاح قد جعل كالمفرد بالولاية بدلالة جواز عقده بغير رضا الباقين ، فصار كمن ليس لها إلا ولي واحد زوجها برضاها من غير كفء .

٢١٣٥٥ - ولأنه عقد على وجه ندب إليه بدلالة أن المرأة والولي مندوبان [٣] إلى التزويج بالفقير الذي لا نسب له إذا كان من أهل الصلاح ، ومتى عقد الولي عقدًا يندب إليه رضاها صح عقده ، كما لو زوجها من غير كفء .

٢١٣٥٦ - ولأن العقد وقع برضا المالك المعقود عليه [٤] فما يلحق غيره من الضرر لا يوجب فسخ العقد ، كمن باع شقصًا لغير الشريك [٥] .

---

(١) انظر قول أبي حنيفة ﷺ في المبسوط (٢٦/٥) ، بدائع الصنائع (٣١٨/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٣/١) ، البحر الرائق (١٢٩/٣) .

(٢) انظر : الأم (١٥/٥) ، المهذب (٥٠/٢) ، المجموع (١٨١/١٦) ، مغني المحتاج (١٦٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٥٠/٦) . وأما المالكية : فيوافقون الشافعية في القول الثاني القائل بأن العقد صحيح ولبقية الأولياء الاعتراض ، بشرط ألا يكون الزوج قد دخل بها ، فإذا دخل بها فلا فسخ . وأما الحنابلة : فلهم روايتان : الأولى أن العقد باطل ، والثانية أنه صحيح ولبقية الأولياء الاعتراض . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٣/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١٢٢/٢) ، والإشراف على مسائل الخلاف (٩٦/٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٤٩/٢) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن كل واحد من الأولياء له ولاية مستقلة في النكاح ، بدليل جواز عقد من غير رضا الباقين ، فصارت موليته كمن ليس لها إلا ولي واحد ، زوجها برضاها من غير كفء ، ولأن عقد النكاح مندوب إليه ، بدلالة أن المرأة ووليها مندوبان إلى تزويج الفقير الذي لا نسب له إذا كان من أهل الصلاح لما رواه أبو حاتم المزني عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في=

٢١٣٥٧ - وأما الدليل على أنه لا اعتراض للباقين : فلأن العقد صح برضا من له ولاية فيه فلم يثبت فيه الاعتراض ، كمن ليس لها إلا وليٌّ واحد .

٢١٣٥٨ - وكما لو [١] زوجها الأب من غير كفء ، لم يكن للعم والإخوة الاعتراض .

٢١٣٥٩ - ولأن حقهم في الكفاءة لا يتبعض لاستحالة أن يثبت بعض [الشيء] [٢] دون بعض [٣] والحق إذا ثبت لجماعة وهو مما لا يتبعض [٤] فأسقط أحدهم حقه سقط حق الباقين ، كالعفو من دم العمد ؛ ولأنا بينا أن كل واحد كالمنفرد بالولاية بدلالة أنه يعقد بغير إذن الباقين والمنفرد بالولاية إذا عقد برضا المرأة لم يثبت الاعتراض عليه .

٢١٣٦٠ - ولأن الحق ثابت لجميع المسلمين في قتل أهل الحرب وأخذ أموالهم وسبيهم ، ثم إذا أسقط أحدهم هذا الحق بالأمان سقط حق بقيتهم لأنه مما لا يتبعض كذلك في مسألتنا [٥] .

٢١٣٦١ - احتجوا : في فساد العقد بأن الولي إذا عقد على وجه يضر بالمولى عليه لم ينعقد عقده . كما لو باع ما لها بأقل من قيمته [٦] .

٢١٣٦٢ - قلنا : إذا رضيت المرأة العقد فقد اختارت الضرر فوازنه [٧] أن يبيع ما لها بنقصان بإذنها وهي بالغة ، وأما الصغيرة [٨] إذا زوجها فلا ضرر عليها .

٢١٣٦٣ - لأن حق الاعتراض يثبت لها بعد البلوغ فإن [٩] كان الزوج دخل بها

= الأرض وفساد كبير » . ولأن عقد النكاح على المرأة من غير كفء لها برضاها ، فما يلحق غيرها من الضرر لا يوجب فسخ العقد ، كما لو باع أحد الشركاء نصيبه لغير الشريك . انظر : حاشية ابن عابدين (٥٧/٣) .

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (م) : [البر] ، ولا وجه له .
(٣) في (م) : [الحق] ، ولا وجه له .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) أي : أن المرأة إذا رضيت هي وبعض أوليائها ، لم يكن لباقي الأولياء حق الفسخ نظرًا لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه فيسقط جميعه كالقصاص إذا أسقطه بعض أولياء الدم سقط كله . انظر : المبسوط (٢٦/٥) .
(٦) أي : أنه إذا زوج أحد الأولياء المرأة بغير كفء برضاها ، ولم يرض الباقون من الأولياء فالعقد فاسد ؛ لأنه عقد على وجه يضر بالمولى عليه حيث إن الزوج غير كفء لها ، قياسًا على بيعه ما لها بأقل من قيمته . انظر : نهاية المحتاج (٢٣٧/٦) .
(٧) وازنت بين الشيئين ، موازنة ، ووزانًا ، وهذا يوزن هذا إذا كان على زنته أو كان محاذيا له . انظر : لسان العرب ومختار الصحاح مادة « وزن » .
(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

أخذت البدل والمبدل (١) [وسلمت له المبدل] (٢) وإن كان لم يدخل بها عاد إليها المبدل ، وسلمت لها النفقة .

٢١٣٦٤ - وليس كذلك البيع بنقصان لأنا لو جوزنا العقد انتفي الملك إلى المشتري وفاتها المقصود منه بتصرفها ونقل الملك فيه ، فإن فسخت العقد عادت العين إلى مالكها ولم يسلم لها منفعة أخرى فلذلك لم يصح العقد (٣) .

٢١٣٦٥ - احتجوا : في الفصل الآخر بأن الحق لجماعة المسلمين ولا يملك بعضهم إسقاط حق بعض كالدين المشترك إذا أبرأ منه أحدهم والشفعة إذا سلمها أحد الشفعاء (٤) .

٢١٣٦٦ - قالوا : يبطل بأمان الواحد من المسلمين ، وبعفو أحد الشركاء في أخذ (٥) القصاص فأما الدين فمما يتبعض فإن أسقط أحدهم حقه لا يسقط حق باقيهم والحق في مسألتنا غير متبعض .

٢١٣٦٧ - وكذلك الشفعة حق يتبعض بدليل أن الشركاء إذا اجتمعوا قسم العين بينهم بالحصص ؛ فلذلك لم يسقط حقهم بإسقاط حق بعضهم (٦) .

---

(١) المراد بالبدل : المهر ؛ لأنه بدل البضع .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أخذت البدل والمبدل] . والأصح ما أثبتاه من كتب المذهب الحنفي ، يقول الكمال بن الهمام « ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وسعها ، فيتأكد حقها في البدل اعتبارًا بالبيع » اهـ . انظر : شرح فتح القدير (٣٣٢/٣) .

(٣) أي : أن قياس نكاح المرأة على غير كفء برضاها ورضا بعض الأولياء ، على بيعها ما لها بأقل من قيمته ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن المرأة إذا رضيت بنكاح غير الكفء فقد اختارت الضرر لنفسها ورضيت به ، فمثله تمامًا بيع مالها بأقل من قيمته بإذنها وهي بالغة . انظر : المبسوط (٢٧/٥) .

(٤) أي : أن رضا المرأة ورضا بعض الأولياء في النكاح بغير الكفء ، لا يسقط حق باقي الأولياء في الاعتراض على ترك الكفاءة ، قياسًا على إسقاط حق البعض في الدين المشترك فإنه لا يسقط حق الباقين ، وكالحق في الشفعة إذا أسقطه بعض الشركاء فيها ، فإنه لا يسقط حق الباقين . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه حق لا يسقط إلى غير بدل ، فلم يسقط بإسقاط بعض الشركاء ، كالشفعة » اهـ .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن قياس حق الكفاءة في النكاح على الدين المشترك وعلى الشفعة إذا رضى بإسقاطها وتسليمها بعض الشركاء قياس غير صحيح ؛ وذلك لأن الدين المشترك مما يتبعض فإسقاط حق البعض لا يسقط حق الباقين ، وكذلك الحق في الشفعة مما يتبعض ؛ لأن الشركاء إذا اجتمعوا قسم الحق بينهم بالحصص فإسقاط حق البعض فيها لا يسقط حق الباقين . أما الحق في الكفاءة للأولياء فهو مما لا يتبعض فإذا أسقطه البعض سقط في حق الجميع ، كعفو أحد الشركاء عن القصاص وكإعطاء الواحد من جماعة المسلمين الأمان لبعض أهل دار الحرب ، فإن في إعطائه هذا الأمان إبطال لحق الاستغنام والاسترقاق ، فالأمان صحيح من واحد من=

٢١٣٦٨ – قالوا : لو رضيت بغير كفء لم يسقط حق الأولياء بها ورضا الولي لا يكون آكد من رضاها [١] .

٢١٣٦٩ – قلنا : لا يتصور على مذهبهم رضاها ، إلا أن يوكل الولي رجلًا فيأذن له في تزويجها .

٢١٣٧٠ – فالجواب : أن حقها من غير جنس حقهم ؛ لأن حقهم نفي الشّين عن أنفسهم وحق المرأة حصول مقاصد العقد لها ، والحقان مختلفان يسقط أحدهما بإسقاط الآخر .

٢١٣٧١ – فأما الأولياء فحقهم جنس واحد فصار كالدم المشترك وكحق المسلمين في قتل أهل الحرب وسبيهم [٢] .

* * *

=المسلمين في حق الجماعة . انظر : المبسوط (٥/٢٧) .

(١) أي : أن رضا المرأة بترك الكفاءة لا يسقط حق الأولياء في ترك الكفاءة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إن من لحقه العار لعدم الكفاءة ، لم يسقط حقه برضا غيره ، كالمرأة لا يسقط حقها برضا الولي ، والولي لايسقط حقه برضا المرأة » .

(٢) أي : أن حق المرأة في النكاح حصول المقصود من العقد لها ، وحق الأولياء نفي الشين عن أنفسهم ، فالحقان مختلفان يسقط أحدهما بإسقاط الآخر ولكن حق الأولياء لم يسقط لرضا البعض ، فحقهم جنس واحد إذا رضي به البعض سقط حق الباقين . انظر : المبسوط (٥/٢٧) .

مسألة ١٠٤٧

النقص أو الزيادة عن مهر المثل

٢١٣٧٢ - قال أبو حنيفة : إذا زوج الأب ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها أو ابنه الصغير بأكثر من مهر ابنته [١] جاز ذلك [٢] .

٢١٣٧٣ - وقال الشافعي : العقد جائز والتسمية لا تصح ، فيجب للصغيرة مهر مثلها ويسقط ما زاد لامرأة الصغير [٣] .

٢١٣٧٤ - لنا : أن النبي ﷺ زوج فاطمة عليًا على أربعمائة درهم [٤] وروى خمسمائة [٥] .

وهي أشرف العرب والصفات الموجبة لزيادة المهر مجتمعة لها من الفضل والدين ، ومثلها يعلم أن مهرها أكثر من هذا .

٢١٣٧٥ - وقد تزوج عمر بنتها أم كلثوم [٦] بأربعين ألفًا [٧] وإنها أشرف منها ،

(١) في (ص) ، (م) : [امرأته] .

(٢) انظر قول أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط (٢٢٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢٤٥/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/١) ، حاشية ابن عابدين (٦٦/٣) ، شرح فتح القدير (٢٢٧٤/٣) ، البحر الرائق (١١٨/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم ١٩/٥ ، المهذب ٤٨/٢ ، المجموع (١٧٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٠/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) . وأما المالكية والحنابلة : فهم يوافقون الشافعي فيما ذهب إليه . انظر بداية المجتهد ٢٤/٢ والمغني والشرح الكبير (٣٩٥/٧) والإشراف على أوائل الخلاف (٩٦/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب ما يستحب من القصد في الصداق (٢٣٥/٧) ، وعبد الرزاق في مصنفه : كتاب النكاح ، باب الصداق (١٧٤/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) ، وفي مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، كتاب النكاح ، باب الصداق (٢٨٣/٤) ، وفي أقضية رسول الله ﷺ ص ٧٤ . وفاطمة : هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأمها خديجة بنت خويلد ، تزوجها علي بن أبي طالب رضي الله عنه في السنة الثانية من الهجرة في شهر رمضان وبنى بها في ذي الحجة من نفس السنة ، وولدت له الحسن والحسين والمحسن وزينب ورقية وأم كلثوم ، وماتت بالمدينة المنورة بعد وفاة رسول الله ﷺ بثلاثة أشهر . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٧٧/٤) .

(٦) هي أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب وأمها فاطمة بنت رسول الله ﷺ وتزوجها عمر رضي الله عنه ، وأنجبت منه زيدًا ورقية ، وماتت هي وولدها زيد في يوم واحد . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٩٢/٤) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٩٠/٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب لا وقت في =

وكذلك تزوج ﷺ عائشة بأربعمائة [١] وأبوها سيد قبيلته وعالم قريش وكثير المال .

٢١٣٧٦ - وصفات عائشة كاملة في الجمال والفضل والدين ، ولولا أن الأب يجوز له أن ينقص من المهر لم يسع النبي ﷺ أن يعقد مع التغابن في المهر [٢] .

٢١٣٧٧ - ولا يقال : إن المهر يختلف بعادة أهل الأزمان ؛ لأن أم حبيبة تزوجت النبي ﷺ بأربعمائة دينار [٣] وفاطمة أفضل منها وأشرف .

٢١٣٧٨ - ولأن عمر ندب الناس إلى ترك المغالاة في المهر بقوله : لا تغلوا في صدقات النساء . [٤] وأمرهم أن يقتدوا برسول الله ﷺ فلو كان ﷺ تزوج بمهر المثل لم يكن لذكر ما نراه في الأنكحة فائدة .

٢١٣٧٩ - ولأن النكاح يقصد به معنى غير [٥] المهر أكثر من قصد المهر ، وهو عين الزوج والمرأة وصفاتها والأب غير متهم على ولده ، فالظاهر أنه يحصل لها من الصفات في الزوج التي هي المقصودة بالعقد أكثر مما يوفيها من المهر ، فجاز ذلك عليها .

٢١٣٨٠ - ولأنه سمى في نكاح بنته الصغيرة ما يجوز أن يكون مهرًا ، فصحت التسمية كما لو سمى/ مقدار مهر المثل ؛ ولأن له تزويجها في حال الصغر باتفاق ، فإذا أنقص عن مهرها صحت التسمية ، أصله المولى إذا زوج أمته . ٢٣٩/ب

٢١٣٨١ - ولأنه نقصان لا يمنع صحة العقد فلا يمنع صحة تسمية ، أصله النقصان اليسير [٦] .

٢١٣٨٢ - احتجوا : بأنها محاباة في عوض بغير إذن مستحقه ، لا يتغابن الناس بمثلها فوجب ألا يصح أصله إذا باع مالها أو أخذه أو زوج أمتها [٧] .

= الصداق كثر أو قل (٢٣٣/٧) .

(١) أخرجه النسائي : كتاب النكاح (١١٩/٦) ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب صداق النساء (٦٠٨/١) حديث رقم ١٨٩٠ .

(٢) انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) ، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٢) .

(٣) سبق تخريجه والترجمة لأم حبيبة

(٤) أخرجه أحمد حديث رقم ٢٨٥ ، ٢٧٨ ، ٣٤٠ ، وأبو داود كتاب النكاح ، باب الصداق رقم ٢١٠٦ ، والنسائي كتاب النكاح ، باب القسط في الأصدقة (١١٧/٦) ، الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في مهور النساء رقم ١١١٤ ، وابن ماجه رقم ١٨٨٧ .

(٥) في (م) : [عن] .

(٦) انظر : المبسوط (٢٢٥/٥) .

(٧) انظر النكت للشيرازي ويقول فيه : « لنا أنه معاوضة في حق الغير فلا يملك به المحاباة بما لا يتغابن به من =

٢١٣٨٣ - وربما قالوا : تصرف بولاية ومعارضة في حق المولى عليه .

٢١٣٨٤ - قلنا : التصرف في المال لا يطلب به إلا العوض فإذا فوتها ذلك فلم يحصل لها في مقابلة ما فوتها شيء فلم يصح [1] .

٢١٣٨٥ - وليس كذلك النكاح ؛ لأن المقصود منه المهر ومعنى هو أهم منه ، والأب غير متهم عليها .

٢١٣٨٦ - ألا ترى أن الأب في العادة يختار حظ ولده على حظ نفسه ؟ فالظاهر أنه عوضها من أهم المقصود من ما يوفي على ما نقصها ولذلك نفذ نقصانه .

٢١٣٨٧ - فإن قيل : إن صح ما قلتم لوجب إذا تزوج المريض امرأة بأكثر من مهر مثلها ؛ أن تجوز التسمية ؛ لأنه الظاهر أنه [2] يعوض عن ذلك العوض الزيادة وهو غير متهم في حق نفسه [3] .

٢١٣٨٨ - قلنا : تصرف الأب في حق ولده أنفذ من تصرف المريض عندنا ؛ لأن محاباة الأب اليسيرة تجوز بالإجماع ، ومحاباة المريض في حق وارثه لا تجوز قليلها وكثيرها ولأن المريض يتصرف في حق نفسه ، فهو متهم لحق ورثته ، والأب لا يتهم في ملك الولد ؛ لأن الإنسان يهب ماله ويتصدق به [ولا يفعل] [4] ذلك [5] في حق ولده [6] .

٢١٣٨٩ - فإن قيل : لو كان المهر غير مقصود بالعقد لوجب إذا زوجها بغير مهر أن

= غير إذن المستحق كبيع ما لها . وإجارة دارها وتزويج أمتها .

(١) أي : أنه إذا تصرف الولي في مال الصغيرة ، فالمقصود من هذا التصرف الحصول على العوض ، فإذا فوتها ذلك العوض ، فلم يحصل لها في مقابلة ما فاتها شيء ، فلم يصح هذا التصرف ، انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أنه إن صح قول المخالف : إن الأب إذا أنقص من مهر ابنته الصغيرة فإنه عوضها من أهم المقصود من المهر ، وهو الصفات الحسنة في الزوج المقصود بالعقد . يلزم على ذلك القول : إن المريض عرض الموت لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ألا تعتبر زيادة من الثلث ؛ لأنه عوضها من أهم المقصود من النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : إذا تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل ، ألا تعتبر الزيادة من الثلث للعلة التي ذكروها .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يفعل] ، وفي غيرها : « ولا تفعل » .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن تصرف الأب عندنا ينفذ على ولده ؛ لأن المحاباة اليسيرة في حق الولد تجوز بالإجماع ، بخلاف تصرف المريض فلا تجوز محاباة قليلة وكثيرة ؛ لأنه متهم لحق الورثة . انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) .

يثبت أقل المهر الذي لا يخلو العقد منه [١] .

٢١٣٩٠ - قلنا : المهر مقصود ، وهناك مقصود آخر هو أهم منه وأولى ، فأما أن نقول : المهر غير مقصود فلا [٢] .

٢١٣٩١ - قالوا : يبطل ما تقولونه بتصرف الأخ والعم [٣] .

٢١٣٩٢ - قلنا : ولايتهما أنقص من ولاية الأب والجد بالاتفاق ألا ترى أن عندنا لا يلتزم عقدهما على الصغيرة [٤] .

٢١٣٩٣ - وعند مخالفنا : لا يملك تزويجها [٥] ، فلما نقصت ولايته باتفاق لم ينفذ من تصرفه ما ينفذ من تصرف الأب .

٢١٣٩٤ - ولأن شفقته أنقص بدلالة أنه لا يلي في المال فلذلك تلحقه تهمة في المحاباة فلم ينفذ [٦] .

* * *

---

(١) أي : أن عقد النكاح لا يخلو من المهر ، فإذا زوجها بغير مهر ، ثبت لها أقل المهر . انظر : عقد النكاح وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٠ .

(٢) أي : أن المهر مقصود من النكاح وهناك مقصود آخر أهم منه وأولى ، وهو الصفات الحسنة في الزوج الذي هو المقصود بالعقد . انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) .

(٣) أي : تبطل محاباة الأب في نقصان مهر ابنته الصغيرة ، بتصرف الأخ والعم لأن كلا منهما لا يملك المحاباة في المهر حال الوجوب بنفسه ، فكذلك الأب . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن من يملك هبة المهر بعد الوجوب ، لم يملك المحاباة فيه بنفسه حال الوجوب ، كالأب في البيع ، والعم في المهر » اهـ .

(٤) أي : أن تصرف الأخ والعم في عدم محاباتهما في المهر بعد وجوبه باطل ؛ لأن ولايتهما أنقص من ولاية الأب والجد بالاتفاق . انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦ ، ٢٢٩) .

(٦) انظر : المبسوط (٢٢٥/٤) .

مسألة ١٠٤٨

تزويج المرأة نفسها بأقل من مهر مثلها

٢١٣٩٥ - قال أبو حنيفة : إذا أنقصت المرأة من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها حتى يبلغ لها الزوج مهرها أو يفرقوا .

٢١٣٩٦ - وقال الشافعي : لا اعتراض لهم .

٢١٣٩٧ - ويتصور الخلاف إذا أذن الولي لأجنبي في تزويجها فأذنت له أن يزوجها بأقل من مهرها ، وإذا حضر من يخطبها وبذل أقل من مهر مثلها لم يلزم الولي تزويجها عند أبي حنيفة [١] وعنده يلزمه [٢] .

---

(١) انظر المبسوط (١٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٣/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) ، شرح فتح القدير (٣٠٢/٣) ، البحر الرائق (١٣٤/٣) .

(٢) انظر المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٣/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٨/٣) ، نهاية المحتاج (٢٦٣/٣) ، الأم (١٤/٥) . وأما المالكية والحنابلة : فهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : بداية المجتهد (٢٧/٢) ، والروض المربع (١١١/٣) والمراد بمهر المثل : هو مهر امرأة تماثل الزوجة من أبيها ، كأختها أو عمتها أو بنت أخيها ، أو بنت عمها ، ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ولا خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها . ويشترط في مهر المثل : تساوي الزوجة مع مماثلتها وقت العقد في السن والجمال ، والمال ، والأدب ، والعقل ، والعلم ، والصلاح ، والبكارة ، والثيوبة ، وفي عدم الولد ، والبلد ، لاختلاف المهر بهذه الأوصاف ، ولاختلاف رغبات الناس فيها . فإن وقع الاتفاق بين الطرفين على مهر المثل ، وجب ما اتفقا عليه ، أما إذا حدث اختلاف في مقداره ، فأيهما أقام البينة على دعواه حكم له ، فإن أقام كل منهما بينة على دعواه قدمت بينة المرأة ؛ لأنها بينة من يثبت الزيادة في محل النزاع وإن لم يقم لكل منهما بينة على دعواه ، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأنه ينكر الزيادة ، والقول قول المنكر مع يمينه ، فإن حلف حكم له بما يدعيه ، وإن امتنع لزمه دعوى الزوجة ؛ لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الخصم ، والأحوال التي يجب فيها مهر المثل :

أولا : عند المالكية : يرى المالكية أن مهر المثل ليس شرطًا من شروط الكفاءة ، ولكنه يجب فيما يأتي :

أ - في نكاح التفويض وذلك إذا عقد النكاح بدون صداق ، فإذا طلبت المرأة فرض صداق لها ، فالمالكية يرون أن الزوج بين خيارات ثلاثة : -

أولا : إما أن يطلق ولا يفرض ، ثانيًا : يفرض ما طلبته المرأة من صداق ، ثالثًا : يفرض لها مهر المثل . واختار الإمام مالك عدم فرض مهر المثل مع خيار الزوج ؛ وذلك لأن قوله - تعالى - ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ سورة البقرة آية ٢٣٦ . فالآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض ، فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن ينشطر إذا وقع الطلاق ، كما ينشطر في المسمى » - انظر بداية المجتهد (٢٩/٢) . =

٢١٣٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ

= ب - إذا سمى في العقد تسمية فاسدة كالخمر مثلًا في حق نكاح المسلم أو كثمرة لم يبد صلاحها ، أو بعير شارد ، فللمالكية في ذلك روايتان ؛ أولاهما : أن العقد فاسد ، ويفسخ قبل الدخول ، والثانية : إذا دخل بها الزوج فالعقد صحيح ولها مهر المثل . انظر : بداية المجتهد (١٨/٢ ، ٣٠ ، ٣١) .

ثانيًا : عند الأحناف : يرى الأحناف أن مهر المثل شرط من شروط الكفاءة ، ويجب عندهم في الأحوال الآتية :

أ - في نكاح التفويض السابق بيانه رقم (أ) عند المالكية .

ب - إذا اتفق كل من الزوج والزوجة على عدم المهر ، كأن يقول الزوج : تزوجتك على ألا مهر ، فتقول الزوجة : قبلت ، فهذا الاتفاق باطل ، والعقد صحيح ، ويجب للزوجة مهر المثل ؛ لأن المهر حكم من أحكام العقد يترتب عليه بحكم الشرع ، فلا يملك أحد إخلاء الزواج منه .

ج - إذا سمى في العقد تسمية غير صحيحة ، بأن كان المسمى لا يصلح أن يكون مهرًا ، إما لكونه ليس مالًا كالميتة ، أو كان المسمى مالًا ، ولكنه غير مقوم في حق المسلم كالخمر ، أو سمى مالًا متقوما ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع .

د - إذا دخل على امرأة بشبهة ، كمن تزوج امرأة بجهل أنها أخته من الرضاع ، أو زفت إليه خطأ غير زوجته .

هـ - إذا تزوج امرأة على منفعة كخدمته إياها سنة ، أو على تعليمها القرآن فلها مهر المثل .

و - إذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ، ليكون أحد العاقدين عوضًا عن الآخر ، فالعقدان جائزان ، ولكل منهما مهر المثل ، وهو ما يسمى بالشغار . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٤١/٣-٤٧) وشرح فتح القدير (٣٣٨/٣ ، ٣٣٩) .

ثالثا : عند الشافعية : يرى الشافعية أن مهر المثل ليس من شروط الكفاءة ولكنه يفرض فيما يأتي :

أ - في النكاح الفاسد وهو الوطء بشبهة ، كمن تزوج بامرأة وهو لا يعلم أنها أخته من الرضاع ، فيفسخ العقد بينهما ولها مهر المثل ويقدر يوم الوطء لأنه وقت الإتلاف ، ولا اعتبار بالعقد إذا لا حرمة له فساده .

ب-إذا أكره رجل امرأة على الزنا فيسقط عنها الحد للإكراه ، ويجب لها مهر المثل لأنه إتلاف للبضع بغير مالكه ، فأوجب القيمة ، ولا يجب معه أرش بكارة .

جـ - إذا اقترن المهر بالبيع كأن تدفع المرأة إلى من يريد الزواج بها عبدًا ويدفع هو لها ألفًا من الدراهم قيمة العبد والصداق ، ولا يسمى الصداق من ثمن العبد ، ففي ذلك قولان عند الشافعية : الأول : أن ذلك جائز ، والثاني : لها مهر المثل .

د - إذا شرط على الزوج أن يدفع ألف درهم محاباة للأب مثلًا زيادة على المهر ، فالمهر فاسد في هذه الحالة ولها مهر المثل . انظر : مغني المحتاج (٢٣٣/٣) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤١٧/٣) .

رابعا : عند الحنابلة : يرى الحنابلة أن مهر المثل يجب فيما يأتي :

أ - في النكاح الفاسد كالوطء بشبهة أو كنكاح الخامسة والمعتدة .

ب - في نكاح التفويض ، إذا ماتت المرأة قبل الدخول والفرض .

جـ - إذا أكره الرجل المرأة على الزنا ، فيسقط عنها الإكراه ، ويجب لها مهر المثل .

د - إذا سمى في العقد تسمية فاسدة ، كالميتة مثلًا وكالخمر في حق المسلم أو أصدقها ألفًا إن كان أبوها =

﴿ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾ (١) والباء تتبع العوض فكأنه قال بالمعروف في المهر . وليس من المعروف أن تزوج الشريفة بالمهر اليسير .

٢١٣٩٩ – ويدل عليه قوله ﷺ : « أدوا العلائق » . قيل : يا رسول الله ما العلائق ؟ قال : « ما تراضى عليه الأهلون في المهر » (٢) فدل على تعلق حقهم به .

٢١٤٠٠ – ولا يجوز حمل الأهل على الزوجات ؛ لأنه عام ولأن الأولياء يلحقهم الشين بنقصان المهر ويعيرون به وكذلك إذا أنقصوا المهر كتموه (٣) فإذا كثر المهر أظهروه وما يلحق به الشين فللأولياء الاعتراض فيه كوضع نفسها في غير كفء ولا يقال : إنهم يثبتون بذلك (٤) السماحة والكرم .

٢١٤٠١ – لأنه لو كان كذلك لأظهروا المهور القليلة لأن ما يدل على الكرم يفتخر به ولا يكتم ، ولأن في ذلك ضررًا على النساء اللاتى (٥) من قبيلتها .

٢١٤٠٢ – ولأن العهد إذا تقادم لم يعلم أنها نقصت من مهرها فيعتبر نساء عشيرتها وما أضر بالعشيرة ثبت للولي الاعتراض فيه كعدم الكفاءة (٦) .

٢١٤٠٣ – فإن قيل : مهر المثل إنما يعتبر بمن لم ينقص عن مهرها كما يعتبر في قيم المتلفات (٧) .

=حيًا أو ألفين إذا كان ميتًا وحالة الأب غير معلمة . انظر : المغني (٦/٧٠٧ ، ٧٢٣ ، ٧٢٤) ، الروض المربع (٣/١٠٩-١١٧) ولا يجب مهر المثل إلا حالًا ؛ لأنه بدل متلف ، فأشبه قيم المتلفات ، ولا يكون إلا نقدًا من نقد البلد .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل ص ١٨٦ حديث رقم ٢١٥ . والدارقطنى (٣/٢٤٤) كتاب النكاح حديث رقم ١٠ باب المهر .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الذي] ولا وجه له .

(٦) أي : أن المرأة التي تزوجت بأقل من مهر مثلها برضاها ورضا بعض الأولياء في ذلك ضرر عليها ؛ لأنها بذلك كمن وضعت نفسها في غير كفء لها ، فلبقية الأولياء الاعتراض حتى يكمل لها مهر المثل أو يفرق ، كما أن في ذلك أيضًا ضررا على نساء عشيرتها ؛ لأن الزمان إذا تقادم لا يعلم أنها نقصت من مهرها فيقدر مهر نساء عشيرتها بمهرها الذي أنقصته ، وما أضر بنساء العشيرة ثبت للولي الاعتراض فيه كقوله الكفاءة . انظر : المبسوط (٥/١٤) .

(٧) أي : أن مهر المثل يقدر بحق لم ينقص عن مهرها ، كما أن قيمة المتلف تقدر بما لاينتقص عن قيمته . انظر : عقد الزواج وآثاره ، محمد أبو زهرة ص ٢٤٤

٢١٤٠٤ - قلنا : هذا إنما يتميز في الحال ، وأما إذا بعد العهد لم يتميز ووقع الاعتبار به [١] .

٢١٤٠٥ - قالوا : فيجب أن يثبت الاعتراض من النساء لأن الضرر يدخل عليهن [٢] .

٢١٤٠٦ - قلنا : الضرر وإن لحق النساء ، فالرجال يخاصمون فيه ، كما أن الضرر بترك الكفاءة يلحق نساء القبيلة ورجالها [ويختص الرجال بالمنع منه] [٣] .

٢١٤٠٧ - لأن من ثبت له الاعتراض كالولي [٤] في مبدل النكاح جاز أن يثبت له الاعتراض في بدله كالمولى في تزويج أمته .

٢١٤٠٨ - ولأن من ثبت له الاعتراض في مبدل النكاح فقد ثبت له الاعتراض في بدله ، كورثة المريض لما ثبت لهم الاعتراض متى وهب العين ثبت لهم الاعتراض إذا نقص من عوضها .

٢١٤٠٩ - ولا يلزم الوكيل بالبيع أنه يثبت له الاعتراض إذا نقص في العوض [٥] لأن عموم إذنه في البيع يتناول القليل من الثمن ، فقد أسقط حقه من الاعتراض بإذن وارثه أن يسقط حقه من الاعتراض في العوض ، ويقول للوكيل : وكلتك أن تملكه كيف شئت .

٢١٤١٠ - ووازنه في مسألتنا أن يقول الولي : زوجها بأي مهر شئت ؛ ولأن المهر أحد المسميين في النكاح فثبت للولي الاعتراض فيه ، أصله البضع [٦] .

٢١٤١١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [٧] .

٢١٤١٢ - وهذا لا دلالة فيه لأنه [٨] إذا فرضتم طلقها قبل الدخول ، فليس لها عندنا إلا نصف ما سمى ؛ لأن مهر المثل يعتبر مع بقاء العقد .

---

(١) أي : أن تقدير مهر المثل بمن لم ينقص عن مهرها هذا إذا قدر في الحال أما إذا تقدم الزمان فلم يتميز مهر المثل فيقع الاعتبار به في باقي نساء عشيرتها انظر : المبسوط (٥/٦٤) .

(٢) أي : أنه إذا كان في نقصان مهر المثل ضرر على نساء العشيرة لوجب الاعتراض منهن لوقوع الضرر عليهن . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : لا ، ثم لو صح هذا صح الاعتراض لنساء العصبات .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) . (٤) ساقط من (م) .

(٥) مكرره في : (م) .

(٦) أي : أن الضرر في نقصان مهر المثل واقع على النساء ، ولكن الرجال هم الذين يخاصمون فيه ، كما أن الضرر بترك الكفاءة يقع على الرجال والنساء معًا ويختص الرجال بالمنع منه ، وذلك لثبوت الاعتراض لهم في بدل النكاح ، وهو المهر . انظر : المبسوط (٥/١٤) .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١٤١٣ - ألا ترى أن الولي يطالب بإكمال المهر أو الفرقة وإذا حصلت الفرقة لم يبق له حق .

٢١٤١٤ - قالوا : قال النبي ﷺ : « التمس ولو خاتمًا من حديد » [١] .

٢١٤١٥ - قلنا : فقدانها التسمية ليعجل لها وفاء ما في المسمى دون المعجل .

٢١٤١٦ - ولأن هذا في امرأة بعينها ، فيجوز أن يكون لا ولي لها فيعتبر رضاها خاصة ولهذا ردت أمرها إلى النبي ﷺ [٢] .

٢١٤١٧ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري [٣] ، أن النبي ﷺ قال : « المهر جائز قليله وكثيره » [٤] .

٢١٤١٨ - قلنا : هو جائز عندنا ، وإن ثبت للولي الاعتراض ، كما يجوز بغير كفء وإن ثبت للولي الاعتراض [٥] .

٢١٤١٩ - قالوا : من لا يعترض عليها في هبة المهر لا يعترض عليها في المحاباة كالأجنبي [٦] .

٢١٤٢٠ - قلنا : المهر حق لها وحق الولي يتعلق به ، كما أن حق الله يتعلق به ، فلو ترك المهر ابتداء [فقد ترك] [٧] حق الله تعالى ولم يعتبر رضاها ، ثم إذا سمت المهر

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من حديث سهل بن سعد الساعدي في كتاب النكاح ، ٥١ - باب المهر بالعروض وخاتم من حديد ، حديث رقم ٥١٥٠ ، فتح الباري (٢١٦/٩) .

(٢) أي : أن هذه واقعة عين لا يعول عليها لجواز ألا يكون لهذه المرأة ولي ؛ لأنها ردت أمرها إلى النبي - ﷺ - . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٣) هو سعد بن مالك الأنصارى الخزرجي المدني ، أبو سعيد الخدري ، من علماء الصحابة ، وممن شهد بيعة الشجرة ، روى أحاديث كثيرة ، وأفتى مدة ، ومات سنة ٧٤هـ . انظر : أسد الغابة (١٤٢/٦) ، طبقات الحفاظ ص١١ ، العبر (٨٤/١) .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٤٤/٣) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) .

(٥) أي : أن المهر جائز قلة وكثرة ، ولكن يثبت الاعتراض إذا نقصت المرأة من مهرها دفعا للشين الذي سيلحقهم بنقصان المهر ، كما أن النكاح جائز من الكفء وغير الكفء ، ولكن يثبت للأولياء الاعتراض في ترك الكفاءة دفعًا للشين أيضًا . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٦) أي : أن المرأة التي وهبت مهرها لزوجها بعد وجوبه لا يعترض عليها ، كذلك لا يعترض عليها إذا حابت زوجها وأنقصت من مهرها كالأجنبي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : أو من لا يملك هبة المهر لا يملك في المحاباة ، كالأجنبي » اهـ .

(٧) زيادة اقتضاها السياق .

ووهبته جازت الهبة ، ولم يثبت حق الله في الثاني .

٢١٤٢١ - كذلك حق الولي عندنا ثبت متى نقصت في المهر ابتداء ، فإذا سمت مقدار مهرها ثم وهبته لم يثبت للولي حق في الهبة .

٢١٤٢٢ - ولأن الأجنبي لا يعترض في المعوض ، فلم يعترض في العوض والولي ثبت له الاعتراض في أحد الوجهين فثبت له في الآخر (١) .

٢١٤٢٣ - قالوا : بدل في معوضه كالبيع والإجارة (٢) .

٢١٤٢٤ - قلنا : هناك لا يثبت له الاعتراض في مبدله فلم يثبت في بدله ، وفي مسألتنا بخلافه (٣) .

٢١٤٢٥ - قالوا : لا يثبت لهم الاعتراض في نفس المهر إذا تزوجت بالزجاج وقشور الرمان والنوى ، وإن لحقهم شين ، وكذلك في مقدار المهر (٤) .

٢١٤٢٦ - قلنا : هذا الفصل لا رواية فيه وكان شيخنا أبو عبد الله يقول : يثبت لهم الاعتراض وإن سلمنا ذلك .

---

(١) أي : أن المهر عند إنشاء عقد الزواج تتعلق به ثلاثة حقوق :

أولها : حق الله تعالى- في ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الأحناف .

وثانيها : حق الولي العاصب في ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة فإذا أنقص كان للولي الاعتراض ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها .

ثالثها : حق الزوجة : وهو الحق الثابت الدائم والحقان الأولان لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، فمتى عقد العقد وقد روعي فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقًّا خالصًا للزوجة ، فإذا سمت المهر ووهبته ، لم يثبت للولي حق في الهبة . والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأن الأجنبي لا يملك الاعتراض في المعوض أي الزوج ، فلم يملك الاعتراض في العوض : وهو المهر ، بخلاف الولي فإنه لما ثبت له الاعتراض على الزوج ثبت له الاعتراض على المهر . انظر : عقد الزواج وآثاره ، محمد أبو زهرة ص ٢٤٥ .

(٢) أي : أن المهر بدل في عقد معاوضة ، وهو النكاح ، فكان لمالك البدل مطلق التصرف فيه زيادة ونقصانًا ، قياسًا على عقد البيع والإجارة . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « لنا : أنه معوضه لا يعتبر فيه مماثله ، فلم يكن تقدير العوض فيه لغير المالك ، كالبيع والإجارة » اهـ .

(٣) أي : ان الأولياء لا يثبت لهم الاعتراض في مبدل البيع والإجارة ، فلم يثبت لهم الاعتراض في البدل ، ولكن لما ثبت لهم الاعتراض في النكاح في المبدل وهو الزوج ، ثبت لهم الاعتراض في المهر . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٤) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر خسيس كقشور الرمان ، أو الزجاج المكسر لا يثبت للأولياء اعتراض عند المخالف وإن لحقهم شين ، فكذلك لا يثبت لهم الاعتراض إذا أنقصت منه برضاها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم يبطل ما قالوه بالخسيس كقشور الرمان والزجاج المكسر » اهـ .

٢١٤٢٧ - قلنا : إن العوض في الآخران قدرهما دون جنسهما بدلالة أن التجار يحصلون أموالهم في كل جنس والقدر حاصل في هذه الأنواع الدنيئة ، يبين ذلك أن حق اللّه تعالى تعلق بالمهر ثم [١] إذا تزوجت بهذه الأنواع سقط حقه .

٢١٤٢٨ - كذلك حق الولي لما تعلق بالمهر سقط إذا استوفي القدر من هذه الأنواع [٢] .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن العوض في الأموال بالقدر لا بالجنس فربما يكون قشر الرمان أو الزجاج المكسر له قيمة ، بدليل أن التجار يحصلون أموال التجارة في كل جنس . انظر : حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) .

مسألة ١٠٤٩

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

٢١٤٢٩ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بلفظ الهبة ، والصدقة ، والتمليك [١] .

٢١٤٣٠ - وقال ابن سماعة [٢] عن محمد : كل لفظ يصح أن يملك به رقبة الأمة [فهو نكاح للحرة] [٣] .

٢١٤٣١ - وكان شيوخنا ببلخ يقولون : لا ينعقد بلفظ البيع [٤] ، وليس بصحيح لأن الرواية بخلافه [٥] .

٢١٤٣٢ - وحكى عن أبي الحسن [٦] : أنه ينعقد بلفظ الإجارة ، وكان أبو بكر الرازي [٧] يمنع ذلك [٨] .

(١) الهبة : سبق بيانها ، والصدقة : هي العطية التي تعطى للفقراء ويبتغى بها وجه الله ﷻ انظر : التعريفات ص ١١٦ ، والتمليك يقال : ملك المرأة تزوجها ، والمملوك العبد ، وملكه الشيء تمليكًا جعله ملكا له ، يقال : ملكه المال والملك فهو ملك . انظر : مختار الصحاح مادة (ملك) .

(٢) ابن سماعة : سبقت ترجمته .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وما أثبتناه من كتب الأحناف لأن ابن سماعة روى عن محمد ابن الحسن أنه قال : كل لفظ يكون في الأمة تمليكًا للرق ، فهو نكاح للحرة . انظر : الاختيار (١٠/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [الإجارة] ، ولا وجه له .

(٥) المقصود بالرواية : هي الرواية المنصوص عليها في المذهب الحنفي ، وهي انعقاد النكاح بلفظ البيع . (وبلخ) مدينة بأفغانستان ، وكانت مدينة عظيمة جليلة ، ولكنها خربت ، ولم يبق إلا قرية يسكن بها نفر من التاجيك ، وبها آثار المدينة القديمة من المآذن الشاهقة وغيرها . انظر : معجم الأمكنة التي في نزهة الخاطر ص ١١ .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) سبقت ترجمته .

(٨) يفهم من كلام الإمام القدوري ﵀ أن فقهاء المذهب الحنفي قد اتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح أو التزويج أو الهبة أو الصدقة ، كأن يقول الولي : زوجتك ابنتي ، أو أنكحتك بنتي أو وهبتك بنتي ، أو تصدقت بها عليك ، فيقول الزوج : قبلت ، أما انعقاد النكاح بلفظ التملك كالبيع مثلًا كأن يقول الولي : بعتك بنتي ، فيقول الزوج : وأنا قبلت ففي الصحيح في المذهب جواز ذلك ، ولكن شيوخ بلخ منعوا انعقاد النكاح بلفظ البيع ؛ لأن لفظ البيع خاص بتمليك المال ، والمملوك بعقد النكاح ليس بمال . ووجهه الصحيح من المذهب : أن لفظ الهبة أو الصدقة أو التمليك كالبيع أو الشراء كلها ألفاظ تفيد الملك الذي هو سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك اليمين ، والسببية من طريق الجواز . أما انعقاد النكاح بلفظ الإجارة : كأن يقول الولي : آجرتك بنتي ، فيقول الزوج : قبلت فلقد أجاز ذلك أبو الحسن الكرخي ؛ لأن المستوفي بالنكاح منفعة وإن جعل=

٢١٤٣٣ - وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح ، و التزويج [(١)] .

٢١٤٣٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ ﴾ [(٢)] [فأخبر اللّٰه تعالى أنه أباح للنبي قبول النكاح الموجب بلفظ الهبة [(٣)]] وسمى قبوله استنكاحًا بقوله : ﴿ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا ﴾ وما أبيحَ للنبي ﷺ فنحن فيه كهو ، إلا أن تدل دلالة التخصيص .

٢١٤٣٥ - ولأن تسميته استنكاحًا يدل على أنه نكاح فيدخل في عموم قوله : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٤)] .

٢١٤٣٦ - ولا يقال : إنها وهبت نفسها فأوجبت بلفظ النكاح [(٥)] أنه لا يجوز

=في حكم العين ومنع ذلك محمد بن الحسن واختار ذلك أبو بكر الجصاص ، وهو الصحيح ؛ لأن الإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة ، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا ، فكان بين موجبيها تناف ، فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة لانعقاد النكاح . انظر أقوال الأحناف في : المبسوط (٩٥/٥ ، ٦٠) ، بدائع الصنائع (٢٢٩/٢) ، مجمع الأنهر (٣١٨/١) ، حاشية ابن عابدين (١٦/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣-١٩٦) ، البحر الرائق (٨٥/٣) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٣/٢) ، الاختيار (٩/٣ ، ١٠) .

(١) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٣٧/٥) ، المهذب (٥٣/٢) ، المجموع (٢١٠/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢١١/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٦٨/٦) .
وأما المالكية : فإنهم يوافقون الأحناف في أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي البقاء لملك الزوجة كعصمة الزوجة مدى الحياة كبعت وتصدقت وأعطيت وملكت وأحللت ، وأبحت ، بشرط أن يقصد بهذا اللفظ النكاح مع تسمية الصداق حقيقة أوحكمًا . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٩٦/٢) ، جواهر الإكليل (٢٧٧/٢) ، مواهب الجليل (٤١٩/٣) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٨/٢) .
وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه من أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧١/٧) . وسبب اختلاف الفقهاء على النحو السابق هو : هل النكاح عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ، فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ، ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ ، أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعى من ذلك ، أعنى إذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة . انظر : بداية المجتهد (٥/٢) .

(٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ . (٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع)

(٤) أي : أن الآية الكريمة أباحت للنبي ﷺ قبول النكاح بلفظ الهبة ؛ لأنها سمت قبوله له استنكاحًا ، وما أبيح للنبي ﷺ فهو وأمته فيه سواء ما لم يرد نص يدل على التخصيص . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) .

(٥) أي : أن حقيقة الهبة هنا غير مرادة ؛ لأن رقبة الحر لا تملك ، فكأنها قالت للرسول ﷺ : أتزوجك بغير=

إسقاط السبب المقبول ، وتعليق الحكم بسبب لم ينقل [1] ، كيف ، وهذه المرأة سميت بالموهوبة ، فدل على أنها عقدت بلفظ الهبة [2] .

٢١٤٣٧ – فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [3] يدل على أنه ﷺ يختص بهذا العقد [4] دون غيره من أمته [5] .

٢١٤٣٨ – قلنا : قال [6] الزجّاج [7] : « خالصة » حال [8] من الهاء في يستنكحها ، / وخالصة منصوب على الحال معناه : ينكحها في حال خلوصها له [9] ومعنى الحال أن المصدرين منها ومن العامل فيها يحدثان معًا [10] في زمان واحد كقولك : قام زيد ضاحكًا أي وقع منه القيام والضحك في زمان واحد ، والكاف في قوله : « لك » انصراف من الغيبة إلى الخطاب ، [فهو يدل على الهاء في له] [11] مثل الكاف في

أ/

= عوض ، فأوجبت بلفظ النكاح . انظر : فتح الباري (٣٠٦/٩) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) .

(١) أي : أنه لا يجوز لنا أن نسقط السبب المقبول ، وهو عقد النكاح بلفظ الهبة ، ونعلق الحكم وهو انعقاد النكاح بسبب لم ينقل وهو أنها وهبت نفسها فأوجبت بلفظ النكاح . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٢) لقد اختلف العلماء في تعيين الواهبة ، فقيل : هي ميمونة بنت الحارث ، وقيل خولة بنت حكيم ، وقيل : زينب بنت خزيمة ، وقيل : أم شريك ، وقيل : ليلى بنت الحطيم ، والأصح كما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها خولة بنت حكيم . انظر : فتح الباري (٢٢٥/٨) ، تفسير الطبري (٢٩/٢٢) ط دار المعرفة بيروت .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) سبق بيان معنى عقد النكاح .

(٥) أي : أن عقد النكاح بلفظ الهبة من خصوصيات رسول الله ﷺ انظر : الأم (٣٧/٥) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هو إبراهيم بن سري بن سهل ، يكنى أبا إسحاق الزجاج النحوي ، ولقب بالزجاج ؛ لأنه يخرط الزجاج ، فمال إلى تعلم النحو ، فلزم المبرد ، توفي سنة ٣١١هـ . انظر : بغية الوعاة (٤١١/١) ، وتاريخ بغداد (١٩٧/٣) .

(٨) الحال : وصف منصوب فضلة مبين لهيئة صاحبه . انظر : أوضح المسالك على ألفية ابن مالك (٢٩٥/٣) – مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود .

(٩) أي : أن المعنى قوله « خالصة لك من دون المؤمنين » يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفي الحرج ، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره ، خصوصًا بالنسبة لرسول الله ﷺ بل في لزوم المال ، وبقرينة وقوعه في مقابلة المؤتى أجورهن ، فصار المعنى أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك ، فلم تأخذ مهرًا ، خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما سائر الأمة فقد فرضنا عليهم في أزواجهم مهرًا وغيره . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) ، معاني القرآن وإعرابه للزجاج (٢٣٣/٤) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) هكذا في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) .

﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ ﴾ (١) وقد قيل : في معنى الخلوص جواز النكاح له من غير بدل في الحال وفي (٢) الثاني ، وذلك لا يجوز لغيره ، فعلى هذا العامل في الحال : منها (٣) .

٢١٤٣٩ – وعلى قولهم : العامل فيها (٤) وهبت فنفصل عندهم بين العامل والمعمول بفواصل .

٢١٤٤٠ – فلا يصح أن يفرق بين العامل وما عمل فيه إلا بدليل ؛ لأنه توسع في الكلام ، وقد دل على أن الخصوصَ خلو العقد من بدل قولهُ تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ (٥) فسر ذلك بقوله : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ ﴾ (٦) . ثم قال : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ يعني من وجوب البدل في كل حال (٧) .

٢١٤٤١ – ويدل على ذلك من السنة : ما روى هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة : « أنها كانت تعير النساء اللاتى وهبن أنفسهن لرسول الله ﷺ قالت : ألا تستحي أن تعرض نفسها بغير صداق ؟ » (٨) فأنزل الله الآيات ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ (٩) أي ضيق والذي يضيق عليه التماس المهر . فأما إبدال العبارة بغيرها فلا ضيق فيه (١٠) .

---

(١) سورة الفاتحة : الآية ٥ . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

والمعنى أن المراد بالخلوص جواز النكاح للنبي ﷺ بغير مهر مطلقًا في الحال التي نحن بصدد الحديث عنها وهي انعقاد النكاح بلفظ الهبة ، كما تزعمون ، وفي الثاني : أي انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح أو التزويج وذلك أي النكاح بدون مهر لا يجوز لغيره من أمته . فعلى هذا المعنى يكون العامل في قوله ﴿ خَالِصَةً ﴾ فعل من نفسها بتقدير خلص لك خلوصًا فهي خالصة . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٥) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٧) أي : أنه على قول المخالف : إن العامل في الحال ﴿ خَالِصَةً ﴾ الفعل ﴿ وَهَبَتْ ﴾ يكون قد فصل بين الحال وعاملها بفواصل ، وهذا توسع في الكلام ؛ لأنه لم يرد دليل يدل على الفصل ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ دل على خلو عقد الواهبة نفسها من المهر ، وهذا خاص به أما سائر أمته فلقد فرض عليهم المهر لأزواجهم . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) .

(٨) أي يدل على خلو عقد الواهبة نفسها عن المهر ، هذا الحديث الذي أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن ، تفسير سورة الأحزاب ، باب ٧ (ج٨ /٥٢٤) – وأخرجه مسلم (ط/٦٢٢) باب جواز هبتها نوبتها لضرتها .

(٩) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(١٠) أي : أن إبدال عبارة أنكحتك نفسي ، أو زوجتك نفسي بعبارة وهبت نفسي لك ليس فيه حرج ولا ضيق ، وخصوصا مع سيد الفصحاء رسول الله ﷺ وإنما الحرج والضيق في لزوم المهر . انظر : شرح فتح =

٢١٤٤٢ - ولأن الآية خرجت مخرج الامتنان ، والمنة [١] إنما تكون في إسقاط العوض عنه [٢] ؛ لأنه قد لا يقدر عليه ، ولا يكون في توسعة العبارة التي يقدر عليها .

٢١٤٤٣ - وكيف يكون الخلوص في اللفظ ، وذلك أمر صح من الواهبة ، ومنه ﷺ أو ما ساواه غيره فيه لا يوصف أنه خلص له ، فأما سقوط البدل فمعنى قد خلص له [٣] فيصح أن يوصف به [٤] .

٢١٤٤٤ - فإن قيل : من زوج عبده من أمته ولم يثبت في العقد مهر فقد ساواه ﷺ فيه غيره [٥] .

٢١٤٤٥ - قلنا : هناك المهر يجب بالعقد ثم يصير دينا للمولى [٦] على عبده فيسقط [٧] .

٢١٤٤٦ - فإن قيل : هذه العبارة لا فائدة فيها [٨] .

٢١٤٤٧ - قلنا : بل فيها معنى صحيح ؛ لأنه لو ظهر عليها دين كان المهر في رقبته لغرمائها [٩] .

٢١٤٤٨ - فإن قيل : سقوط البدل ليس بمذكور ، والموهوبة مذكورة والظاهر أن

= القدير على الهداية (١٩٤/٣) .

(١) مَنَّ عليه « أنعم » والامتنان : كثرة الإنعام . انظر : مختار الصحاح ، مادة (م ن ن) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [سورة الأحزاب آية : ٥٠] امتنان من الله سبحانه وتعالى على نبيه محمد ﷺ فأباح له النكاح بدون عوض ؛ لأنه قد لا يقدر عليه فينصرف في جمعه وطلبه عن الدعوة ، بدليل نفي الحرج في قوله ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ والحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصًا مع سيد البلغاء والفصحاء ، وإنما الحرج في جمع المهر فإسقاطه عنه خاص به ، ولا يكون الخلوص في اللفظ : أي لفظ الهبة ؛ لأن عقد النكاح بهذا اللفظ صح من الواهبة ، ومنه ﷺ ، كذلك يصح في كل من ساواه من أمته في عقد النكاح بهذا اللفظ . انظر : شرح فتح القدير (١٩٤/٣) .

(٥) أي : لو كان لرجل عبد وأمة ، فزوج العبد من الأمة ، ولم يثبت في العقد مهرًا فقد تساوى هذا العبد مع رسول الله ﷺ في سقوط المهر انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤٠١/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : لو زوج رجل عبده من أمته ، لم يسقط المهر في العقد ، بل يجب المهر ، ثم يصير المهر دينا في رقبة العبد فيسقط عنه ، لقيام ملك المولى في رقبة الزوج . انظر : المبسوط (١٢٨/٥) .

(٨) أي : أن وجوب المهر في زواج العبد بأمة سيده ، ثم سقوطه عنه ، لا فائدة فيه .

(٩) أي : أن وجوب المهر في زواج العبد بأمة سيده فيه فائدة ، وهي أنه إذا ظهر على زوجته دين ، كان مهرها في رقبته للغرماء ، . انظر : المبسوط (١٢٨/٥) .

الكناية [١] ترجع إلى مذكور متقدم [٢] .

٢١٤٤٩ – قلنا : السر في الآية كناية [٣] وقوله « خالصة » هذه تاء تأنيث التي وتصير في السكت فأما أن تكون بها كناية فلا [٤] ، وقد قلنا : إن ردها إلى عامل [متقدم يفصل بينه وبينها بفواصل مع إمكان ردها إلى عامل] [٥] معها لا يصح .

٢١٤٥٠ – فإن قيل : قوله : « خالصة » يرجع إلى الأمرين : سقوط البدل ، وإلى العقد بلفظ الهبة [٦] .

٢١٤٥١ – قلنا : قد بينا أن ذلك فيما تقدم إليه اتساع لا يسار [٧] إليه إلا بدليل ، وأن الحمل على الأمرين يصح فيما له [٨] لفظ عموم ، فأما ما ليس له لفظ عموم فلا يصح ذلك فيه إذا اكتفي بأحدهما لم يجز حمله على الآخر .

٢١٤٥٢ – وقد قيل : في قوله « خالصة لك [٩] » أن معنى الخلوص ألا يجوز لأحد أن يتزوجها بعد [١٠] .

---

(١) الكناية : هي أن يعبر عن شيء لفظًا كان أو معنى بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض ، كالإبهام على السامع مثل قولك جاء فلان . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٦٥ .

(٢) المعنى أن سقوط البدل ليس بمذكور في الآية الكريمة ﴿ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ ولكن المذكور فيها هي المرأة الموهوبة ، والكناية ترجع إلى مذكور متقدم ، والمتقدم في الذكر هي المرأة الموهوبة لا سقوط البدل . انظر : المهذب (٥٣/٢) .

(٣) أي : أن الكناية في الآية الكريمة هي : إرادة طلب النكاح التي هي كناية عن القبول ، ولا وجه لحمل لفظ الهبة على معناه الحقيقي ؛ لأن قوله يستنكحها يغني عن الإرادة بمعناه الوضعي . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٤) أي : أن التاء في (خالصة) تاء التأنيث ، التي تحذف في النسب ، فإذا نسب إلى كلمة (خالصة) فنقول : « خالصى » وليست هذه التاء تاء الكناية كالتاء التي في كلمة « أنت » أو الهاء في « له » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٣٥ – وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٣٣٢/٤) .

(٦) أي : أن قوله « خالصة » يفهم منه أمران ، سقوط البدل ، والنكاح بلفظ الهبة ، فيكون الأمران من خصوصياته ﷺ دون غيره من أمته . انظر : مغني المحتاج (٢٢٤/٣) .

(٧) الأصح « لا يسار » من المسير ، بمعنى لا يلجأ إلى هذا الفصل بين العامل ومعموله إلا بدليل .

(٨) ساقطة من (ص) . (٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) أي : أن الحمل على معنى الأمرين معًا يصح إذا كان اللفظ يدل على العموم ، أما ما ليس له لفظ عموم فلا يصح منه ذلك ؛ لأنه إذا اكتفيا بأحد الأمرين لم يجز حمله على الآخر ، ولقد قيل : إن المراد بقوله : ﴿ خَالِصَةً ﴾ هي المرأة بمعنى أنه لا يحل لأحد بعدك أن يتزوجها ، ويكون شريكًا لك في الفراش من حيث=

٢١٤٥٣ – فإن قيل : إنما يحرم نكاحها إذا مات عنها وهذه كان يجوز أن يطلقها فتحل لغيره (١) .

٢١٤٥٤ – قلنا : هذا غلط ، بل زوجاته ﷺ لا يحل أن يتزوجهن غيره وإن طلقهن، وإن صح ما قالوا : جاز أن يكون الله تعالى قد علم من حال هذه ألا يطلقها (٢) .

٢١٤٥٥ – فإن قيل : هذه الفائدة (٣) مستفادة من قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ (٤) .

٢١٤٥٦ – قلنا : لا نعلم أن تلك الآية تقدمت على هذه ، بل يجوز أن يكون نزولها على قصد تلاوتها فتكون هذه متقدمة والفائدة فيها وتلك تكرار لها أو تكون تلك أفادت تحريم النساء بعده وهذه أفادت تحريمهن على العموم ، فتختص بفائدة لا توجد في تلك (٥) ، لأنا لو علمنا تقدم تلك الآية كانت الحال مؤكدة وهذا غير ممتنع لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ وَلَّيْتُم مُّدْبِرِينَ ﴾ (٦) ، وقوله ﴿ قَآئِمًۢا بِٱلْقِسْطِ ﴾ (٧) ولم يقم تعالى قط إلا بالقسط وكذا الحال المؤكدة (٨) .

= الزمان ، كما قال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُواْ رَسُولَ ٱللَّهِ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ . انظر : المبسوط (٥/٥٩) .

(١) أي : أنه يحرم نكاح زوجات النبي ﷺ من بعده إذا مات عنهن ، أما هذه المرأة محل الخلاف وهي «الموهوبة» يجوز أن يطلقها فتحل لغيره أن يتزوجها . انظر : تفسير القرطبي (١٤/٢١٢) .

(٢) أي : أن زوجات النبي ﷺ لا يحل لأحد من أمته الزواج منهن مطلقًا سواء طلقهن أو مات عنهن، وإن صح قول المخالف : إن هذه الموهوبة يجوز أن يطلقها فينكحها غيره . فنقول : يجوز أن يكون الله تعالى قد علم أن هذه الموهوبة لا يطلقها النبي ﷺ بعد عقده عليها بلفظ الهبة . انظر : المبسوط (٥/٦٠) .

(٣) يقصد المخالف بالفائدة : حرمة نكاح أزواج النبي ﷺ إذا مات عنهن ، وجواز ذلك إذا طلقهن . انظر : تفسير القرطبي (١٤/٢٢٩) .

(٤) سورة الأحزاب : الآية ٥٣ .

(٥) أي : أننا لانعلم أن قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ ؛ هل هذه الآية هي المتقدمة في النزول فتكون فيها حرمة أزواج النبي ﷺ من بعده على غيره ، ويكون قوله : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ أفاد تحريم نسائه بعده ﷺ وقوله ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ أفاد تحريم أزواجه على العموم بعد طلاقه لهن أو موته ، فهذه الآية اختصت بفائدة لا توجد في الآية الأعلى . انظر : المبسوط (٥/٦٠) .

(٦) سورة التوبة : الآية ٢٥ .

(٧) سورة آل عمران : الآية ١٨ .

(٨) أي : لأننا لو علمنا تقدم قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ على قوله : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ

٢١٤٥٧ - فإذا جازت أن ترد مؤكدة [لما أفادته في نفسها ، جاز أن ترد مؤكدة] [١] لما أفاد غيرها .

٢١٤٥٨ - ولأنه لا يمتنع أن يذكر الخلوص هنا لغاية وهو أن هذه لما سميت موهوبة لم يؤمن أن يظن مفارقتها للزوجات ، ولا تدخل في قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ [٢] فذكر الخلوص فيها لتزول هذه الشبه [٣] .

٢١٤٥٩ - وطريقة أخرى : وهو أن المصدر قد جاء على فاعله مثل العافية والعاقبة وقوله تعالى [٤] : ﴿ فَأُهْلِكُواْ بِٱلطَّاغِيَةِ ﴾ [٥] ، أي بطغيانهم .

٢١٤٦٠ - وقد ينوب المصدر مناب فعل الأمر ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ ﴾ [٦] فالمصدر ناب مناب اضربوا والمصدر يضاف إلى المفعول به [٧] ومثله ﴿ فَسُحْقًا لِّأَصْحَٰبِ ٱلسَّعِيرِ ﴾ [٨] ، فخالصة مصدر ناب مناب الفعل الذي نصبه ذلك المفعول به ، ومعنى الخلوص أنه لا يجوز لمؤمن أن يجمع بين أزيد من أربع نسوة ، ويجوز للرسول ﷺ ذلك [٩] لعموم قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ﴾ [١٠] والتقدير : يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك أخلص لك ذلك لكيلا يكون عليك حرج ؛ مفعول له [١١] إما من أحللنا وإما من خالصة .

٢١٤٦١ - والتأنيث في المصدر إنما هو كتأنيث الشريفة والفريضة ، كما أن تأنيث

= أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ ، كانت الآية الثانية حالًا مؤكدة للعامل في الآية الأولى ، وهو ﴿ يَسْتَنكِحَهَا ﴾ . انظر : المبسوط (٥٩/٥ ، ٦٠) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٣ .

(٣) أي : أن الحال لما جاز أن تكون مؤكدة في نفسها جاز أن تكون مؤكدة لما أفاد غيرها ، ولا منع أن يكون الخلوص هنا لغاية ، وهي أن هذه لما سميت موهوبة لم يؤمن أن يظن مفارقتها للزوجات ، ولا تدخل في عموم قوله ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ . فذكر الخلوص في الموهوبة لتزول به هذه الشبهة . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) سورة الحاقة : الآية ٥ .

(٦) سورة محمد : الآية ٤ .

(٧) المفعول به : هو ما وقع عليه فعل الفاعل . راجع شذور الذهب ص ٢١٣ .

(٨) سورة الملك : الآية ١١ .

(٩) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٦٧/٣) ، والمبسوط (٥٩/٥) .

(١٠) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(١١) المفعول له : هو المصدر الفضلة المعلل لحدث شاركه في الزمان والفاعل ، ويسمى المفعول لأجله ، أو من أجله . انظر : شذور الذهب ص ٢٢٦ .

العاقبة إنما هو كتأنيث العمة ، فعلى هذا التأويل ليس في اللفظ انصراف من الخطاب إلى الغيبة ؛ لأن التقدير : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ﴾ أخلص ذلك لك والانصراف توسع ومن تأول اللفظ من غير اللفظ على الوسع أولى [١] .

٢١٤٦٢ - يدل عليه : ما روى سعيد بن منصور [٢] قال : حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن [٣] ، قال : حدثني أبو حازم [٤] ، عن سهل بن سعد [٥] ، أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله جئت لأهب نفسي لك فنظر إليها فصعَّد النظر وصوبه ثم طأطأ رأسه ، فقام رجل من أصحابه ، فقال يا رسول الله : إن لم يكن لك فيها حاجة فزوجنيها ، وذكر الحديث إلى أن قال : « اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن » [٦] .

٢١٤٦٣ - وهذا يدل على انعقاد النكاح بغير لفظ النكاح والتزويج [٧] .

٢١٤٦٤ - فإن قيل : روى مالك بن سفيان بن عيينة وحماد بن زيد [٨] وعبد العزيز

---

(١) أي : أن التأنيث في المصدر ﴿ خَالِصَةً ﴾ إنما هو للفصل بين المذكر والمؤنث كشريعة وشرع ، وفريضة وفرض، وعمة وعم ، فعلى هذا التأويل لا يكون في قوله : ﴿ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ ﴾ انصراف من الخطاب إلى الغيبة؛ لأن التقدير « إنا أحللنا لك أزواجك أخلص ذلك لك » . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٢) هو سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني ، الحافظ ، أحد الأئمة الأعلام ، روى عن : مالك ، والليث ، وابن عيينة ، وحماد بن زيد ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وأبو بكر الأثرم ، وغيرهم، قال أحمد : من أهل الفضل والصدق ، مات بمكة سنة ٢٢٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٧٩ ، طبقات ابن سعد (٣٦٧/٥) ، ميزان الاعتدال (١٥٩/٢) .

(٣) هو يعقوب بن عبد الرحمن المدني ، القارئ ، حليف بني زهرة ، سكن الإسكندرية ، وروى عن أبيه ، وثقه ابن معين ، وأحمد ، وذكره ابن حبان في الثقات ، ومات سنة ١٨١هـ . انظر ترجمته في : ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم للدارقطني (٤٢١/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين (٥٨٨/٢) - وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٩١ .

(٤) هو سلمة بن دينار الأعرج التمار الزاهد ، يكنى أبا حازم ، روى عن : سهل بن سعد ، ومحمد بن المنكدر، وسعيد بن المسيب ، وغيرهم ، وروى عنه : الزهري ، وأسامة بن زيد ، والسفيانان ، والحمادان ، وغيرهم ، قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث ، كان يقص في مسجد المدينة ، ومات سنة ١٤٠هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (١٤٣/٤) ، طبقات الحفاظ ص ٥٣ ، العبر (١٨٩/١) .

(٥) سبقت ترجمته .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج : متن البخاري بحاشية السندى ، ومعنى صعَّد النظر وصوبه : أي نظر أعلاها وأسفلها مرارًا ، ومعنى طأطأ رأسه : أي صمت ، وقال الحافظ ابن حجر : لم أقف على اسم المرأة وكذلك الرجل . انظر : فتح الباري (٢٠٦/٩) .

(٧) انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٨) هو حماد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي البصري الأزرق ، يكنى أبا إسماعيل روى عن أنس وابن ـ

ابن محمد الدراوردى [(١)] ، عن سهل بن سعد عن النبي ﷺ قال فيه [(٢)] : « زوجتكها بما معك من القرآن » [(٣)] .

٢١٤٦٥ - قلنا : خبرنا رواه يعقوب بن عبد الرحمن ، وزائدة [(٤)] ، وعبد العزيز بن أبي حازم [(٥)] ، وليس بين الخبرين تناف [(٦)] ؛ لأن الزبير بن بكار [(٧)] حكى أن الموهوبات كن أربعًا [(٨)] فيجوز أن يكون كل واحد من اللفظين في واحدة .

= سيرين ، ويزيد بن ميسرة ، وثابت البناني وغيرهم ، وروى عنه : سليمان بن حرب ، وابن المبارك ، وابن مهدي ، وغيرهم ، ولد حماد سنة ٩٨هـ ، ومات سنة ١٧٩هـ قال يحيى بن معين : ما رأيت من أحد من الشيوخ أحفظ من حماد بن زيد . انظر : طبقات الحفاظ ص ٩٧ ، تذكرة الحفاظ (٢٢٧/١) .

(١) هو عبد العزيز بن محمد بن عبيد الدراوردي ، أبو محمد المدني ، روى عن : زيد بن أسلم ، وابن وهب وآخرين ، وقال ابن سعد : ثقة ، كثير الحديث ، يغلط ، مات سنة ١٨٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٥، طبقات ابن سعد (٣١٣/٥) ، العبر (٢٩٧/١) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) انظر : فتح الباري (٢٠٩/٩) .

(٤) في (ص) ، (ن) ، (م) ، (ع) : [زيادة] ، والأصح ما أثبتناه من فتح الباري (٢٠٥/٩) . وهو زائدة ابن قدامة الثقفي ، أبو الصلت ، كان لا يحدث أحدا حتى يشهد له عدلان أنه من أهل السنة ، روى عن إسماعيل السدى ، وحميد الطويل ، وزياد بن علاقة ، وروى عنه حسين الجعفي ، وابن المبارك ، وأبو داود الطيالسي ، وثقه أبو حاتم ، وقال أبو زرعة : صدوق من أهل العلم ، مات سنة ١٦١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٩١ ، تهذيب التهذيب (٣٠٦/٣) .

(٥) هو عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المخزومى ، مولاهم ، أبو تمام المدني ، روى عن أبيه وغيره ، وروى عنه : قتيبة ، وعلى بن حجر ، وغيرهما ، مات سنة ١٨٤هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١١٤ ، طبقات ابن سعد (٣١٣/٥) ، العبر (٢٨٩/١) .

(٦) نعم ليس بين رواية زوجتكها ورواية ملكتكها تناف ، ولكن في مثل ذلك ننظر أي الروايتين أرجح ، يقول الحافظ ابن حجر رحمه الله بعد ما أن ذكر آراء علماء الحديث في الترجيح بين الروايتين ، الذي تحرر مما قدمته أن الذين رووه بلفظ التزويج أكثر عددًا ممن رووه بغير لفظ التزويج ولا سيما وفيهم من الحفاظ مثل مالك ، وعد ابن الجوزي فيمن رواه بلفظ التزويج حماد بن زيد ، وقد قال البغوي في شرح السنة : « لا حجة في هذا الحديث لمن أجاز انعقاد النكاح بلفظ التمليك ؛ لأن العقد كان واحدًا ، فلم يكن اللفظ إلا واحدًا واختلف الرواة في اللفظ الواقع ، والذي يظهر أنه كان بلفظ التزويج على وفق قول الخاطب : زوجنيها ، إذ هو الغالب في أمر العقود . انظر : فتح الباري (٢١٤/٩ ، ٢١٥) .

(٧) هو الزبير بن بكار بن عبد الله بن مصعب بن ثابت بن عبدالله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي الزبيرى، أبو عبد الله بن أبي بكر المدني ، قاضى مكة ثقة ثبت عالم بالنسب توفي رحمه الله سنة ٢٥٦هـ انظر طبقات الحفاظ ٢٣١ ، وفيات الأعيان (٢١٨٩/١) ، العبر (١٢/٢) .

(٨) وهن ميمونة بنت الحارث ، وزينب بنت خزيمة ، أم المساكين ، وأم شريك بنت جابر ، وخولة بنت =

٢١٤٦٦ - وإن ثبت أنه في قصة واحدة فأصل الخبر ملكتها ؛ لأن الراوى يسمع العام [١] المبهم فينقل الخاص [٢] المفسر ، ولا يجوز أن يسمع الخاص المفسر . فينقل العام المبهم .

٢١٤٦٧ - ويجوز أنه ﷺ تكلم باللفظين ، فقال : زوجتكها وملكتكها لأن ملكتكها زوجتكها ، فدل بذلك أن كل واحد من اللفظين على حالها كالأخرى في الفائدة كما تقول آجرتك أكريتك ، وهبت لك أعطيتك ، ومن جهة النظر : أن لفظ الهبة لفظ يتعلق به التمليك من غير توقف ، فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح [٣] .

٢١٤٦٨ - فإن قيل : التمليك لا يتعلق بلفظ الهبة حتى ينضم إليها القبض [٤] .

٢١٤٦٩ - قلنا : القبض من شروط العقد ، وشرط العقد متى وجد ، فالتمليك يقع بالعقد ، كالتقابض في الصرف ، والشهادة في النكاح [٥] .

٢١٤٧٠ - ولا يلزم : الإجارة ؛ لأن التمليك فيها قد يقف على التوقيت [٦] .

= حكيم . انظر : تفسير القرطبي (٢٠٨/١٤) .

(١) لقد سبق معنى العام . (٢) لقد سبق معنى الخاص .

(٣) هذا التأويل الذي سلكه الإمام القدوري لا يدل على أن الحديث يفيد انعقاد النكاح بغير لفظ التزويج أو الإنكاح ، يدل على ذلك ما قاله الإمام البغوي في شرح السنة يقول : « لا حجة فيه لمن أجاز بلفظ التمليك لأن العقد كان واحدًا فلم يكن إلا بلفظ واحد ، واختلفت الرواية فيه : فالظاهر أنه كان بلفظ التزويج على وفاق قول الخاطب : زوجنيها إذ هو الغالب من أمر العقود أنه قلما يختلف فيه لفظ المتعاقدين ، ومن نقل غير لفظ التزويج لم يكن قصده مراعاة لفظ العقد ، وإنما قصده بيان أن العقد جرى على تعليم القرآن ، بدليل أن بعضهم روى بلفظ الإمكان ، واتفقوا على أن العقد بهذا اللفظ لا يجوز » اهـ . انظر : شرح السنة للبغوي (١٢٢/٩) .

(٤) أي : أن التمليك لا يتعلق بلفظ الهبة فقط وإنما يتعلق باللفظ والقبض معًا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والهبة لا يوجب التمليك بنفسه ، ولا يوجب العوض ، والنكاح يوجبه » .

(٥) أي : أن التمليك يقع بالعقد فقط ، أما القبض فهو شرط من شروط العقد ، قياسًا على التقابض في عقد الصرف ، والشهادة في عقد النكاح . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٦) أي : أن عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الإجارة ، كما هو الصحيح في المذهب الحنفي خلافًا لقول أبي الحسن الكرخي ، وذلك لأن الإجارة لا تنعقد شرعًا إلا مؤقتة والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا . ووجهة نظر الكرخي في تجويزه انعقاد النكاح بلفظ الإجارة : هي أن الثابت به في النكاح هي المنفعة ، والثابتة بعقد الإجارة هي المنفعة أيضًا ، فوجد المشترك . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٦/٣) .

٢١٤٧١ – ولا يلزم : الوصية ؛ لأنه انعقد بها النكاح فقال : أوصيت بها لك في الحال انعقد بها النكاح ، وإنما لايتعلق بمطلقها ؛ لأنها تفيد تمليكًا يتعلق بالموت والنكاح لا يتعلق بشروط (١) .

٢١٤٧٢ – ولا يلزم : القرض ؛ لأن من أصحابنا من قال ينعقد النكاح به ؛ لأنه يفيد تمليك العين بمثلها فكأنه شرط في النكاح عوضًا فاسدًا (٢) .

٢١٤٧٣ – لأن ذلك يجوز بالإجماع] (٣) ولا يجوز أن يكون المراد به الجمع .

٢١٤٧٤ – فإن قيل : النكاح لا يملك به (٤) .

٢١٤٧٥ – قلنا : يملك به الاستباحة ولهذا يأخذ الزوج العوض على الطلاق (٥) .

٢١٤٧٦ – فإن قيل : المعنى في لفظ النكاح أنه لا ينعقد به غير النكاح ، فلذلك انعقد النكاح به ، وهذه الألفاظ لما انعقد بها غير النكاح لم ينعقد بها النكاح (٦) .

٢١٤٧٧ – قلنا : علة الأصل غير مسلَّمة ؛ لأن الرجعة عندنا تصح بلفظ النكاح (٧) .

٢١٤٧٨ – وعلة الفرع تبطل بنكاح النبي ﷺ فإن لفظة الهبة ينعقد بها غير النكاح ، وينعقد له ﷺ النكاح به .

---

(١) لقد وافق الإمام القدوري أبا الحسن الكرخي في انعقاد النكاح بلفظ الوصية إذا كانت حالة لا مطلقة ، مخالفا في ذلك رأي الطحاوي القائل بانعقاد النكاح بلفظ الوصية مطلقًا ؛ لأنه يثبت بها ملك الرقبة في الجملة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) ولقد سبق بيان معنى الوصية وأركانها .

(٢) أي : أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ القرض ، كأن يقول الولي للزوج : أقرضك بنتي لأنه في معنى الإعارة خلافًا لمن قال من الأحناف ينعقد به النكاح لثبوت ملك العين به . انظر : المبسوط (٦٠/٥) ، شرح فتح القدير (١٩٦/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) أي : أن النكاح عقد لا تملك به الأملاك ، فلا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج . انظر : النكت للشيرازي، وفيه يقول : « النكاح وإن أوجب التمليك إلا أنه لا يوجب تمليك الأملاك » اهـ .

(٥) أي : أن النكاح عقد تملك به استباحة البضع ، بدليل أن المرأة لو أرادت أن تفتدي نفسها من زوجها ترد له العوض في مقابل طلاقه لها ، وهو ما يسمى بالخلع . انظر : شرح فتح القدير (١٨٦/٣) .

(٦) أي : أن لفظ « انكح » و « زوج » لا ينعقد بهما غير النكاح من سائر العقود بخلاف الهبة أو الصدقة أو البيع أو الإجارة فإنه ينعقد بهذه الألفاظ غير النكاح ، فلا ينعقد بها النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم النكاح موضوع للنكاح ، فدل على مقاصده ، والهبة بخلافه » اهـ .

(٧) أي : أن قول المخالف : لفظ النكاح لا ينعقد به غير النكاح قول غير صحيح لأن الرجعة غير النكاح وتنعقد عندنا بلفظ النكاح . انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .

٢١٤٧٩ - [ولا يلزم إذا] (١) قال : أشركتك في بنتي لأنه يجوز أن يقال : ينعقد به النكاح ، كما لا ينعقد إذا زوج بعضها ؛ لأن ذلك لا يتبعض فيصير كطلاق بعضها (٢) .

٢١٤٨٠ - ولو قلنا : لا ينعقد به النكاح فقد سوينا بين لفظة الشركة (٣) والنكاح ، وجعلناه كقوله : زوجتك بعضها .

٢١٤٨١ - ولأنه عقد تمليك يصح مطلقًا من غير ذكر مدة ، فجاز أن ينعقد بلفظ التمليك ، كالبيع (٤) .

/ب ٢١٤٨٢ - ولا يلزم المرأة/ التحليل ؛ لأنه لا يفيد التمليك (٥) .

٢١٤٨٣ - ولا يلزم : الإقالة (٦) ؛ لأنها وضعت لرفع العقد ولم توضع للتمليك ، [وكان الشيخ أبو عبد الله (٧) يقول : ينعقد بها النكاح ؛ لأنها تفيد التمليك ورفع العقد] (٨) ، فيصح أحد المعنيين ، ويلغو الآخر .

٢١٤٨٤ - قالوا : البيع لا يتضمن أحكامًا تختص بالنكاح ، من الرجعة والطلاق

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن علة الفرع وهو قوله : « هذه الألفاظ لما انعقد بها غير النكاح لا ينعقد بها نكاح » يبطل هذا الفرع بنكاح النبي ﷺ حيث انعقد نكاحه بلفظ الهبة ، مع أن الهبة ينعقد بها عقد غير النكاح ، ولا يلزم على إبطال علة الأصل والفرع أن الولي إذا قال للزوج : أشركتك في بنتي أن يقال ينعقد به النكاح ؛ لأن لفظ الشركة ينعقد بها غير النكاح ؛ لأن النكاح عقد لا يتبعض . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٣) الشركة : بكسر الشين وإسكان الراء ، وبفتح الشين مع إسكان الراء وكسرها . لغة : الاختلاط ، وشرعًا : ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع وحكمها الجواز ، والأصل فيها قبل الإجماع : ما رواه أبو داود والحاكم قوله ﷺ : « يقول الله : تعالى : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما » وأركانها : عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة ، وهي أنواع أربعة : شركة أبدان ، ومفاوضة ، وعنان ، ووجوه . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٨/٣ ، ٤٠) ، التعريفات للجرجاني ص ١١١ .

(٤) سبق وأن أبطلنا قياس عقد النكاح على عقد البيع فراجعه إن شئت .

(٥) أي : أن النكاح لا ينعقد بلفظ (الإحلال) كأن يقول العاقد للزوج : أحللتك بنتي ، وذلك لأن لفظ الإحلال لا يفيد تمليك المتعة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٦) الإقالة : هي فسخ العقد في حق المتعاقدين ، وهي مشروعة لقوله ﷺ : « من أقال نادمًا عثرته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » . انظر : تحفة الفقهاء (١١٠/٢) . والمعنى : أن عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الإقالة ، كأن يقول العاقد : « أقلتك بنتي » وذلك لأن الإقالة لفسخ العقد الثابت . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٧) سبقت الترجمة له .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

والإيلاء والظهار ، فلهذا انعقد بلفظ التمليك والنكاح ينعقد نكاحًا نخصه من الطلاق والرجعة والإيلاء والظهار ولذلك انعقد بلفظ التمليك (١) .

٢١٤٨٥ - قلنا : يبطل بنكاح النبي ﷺ فإنه ينعقد بلفظ الهبة وهي لا تتضمن هذه الأحكام في موضوعها .

٢١٤٨٦ - ولأنه لا يمنع أن يفيد لفظ العقد أحكامًا فتنتقل إلى عقد آخر يختص بخلاف تلك الأحكام فينعقد به ويستفاد به الأحكام في موضوعها (٢) .

٢١٤٨٧ - ألا ترى أن البيع والهبة لا يفيدان الإيلاء والرجعة والعدة ، ويعبر بهما عن الطلاق فيقع الطلاق بهما ، وكذلك العتاق ، ويستفاد بها أحكام لا يوجبها البيع والهبة في موضوعه .

٢١٤٨٨ - ولأنه عقد يبطله التوقيت ، فجاز أن ينعقد بلفظ التمليك ، كالبيع .

٢١٤٨٩ - ولأنه نوع عقد فلا يختص بلفظ ، أصله : سائر العقود .

٢١٤٩٠ - ولأنه عقد على منافع البضع ، فجاز بالصريح والكناية كالخلع .

٢١٤٩١ - ولأن رفع هذا العقد لا يختص بلفظين ، كذلك انعقاده كالبيع .

٢١٤٩٢ - ولأنه عقد يستباح به وطء حرة ، أصله : التزويج (٣) .

٢١٤٩٣ - ولأن كل من جاز وطؤها [إذا عقد عليها بلفظ التزويج جاز أن يستباح وطؤها إذا عقد عليها] (٤) بلفظ التمليك ، أصله : الأمة .

---

(١) أي : أن قياس عقد النكاح على عقد البيع قياس غير صحيح ، وذلك لأن البيع لا يتضمن أحكامًا تختص بالنكاح مثل الرجعة ، والطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، فانعقد بلفظ التمليك . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٥/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٣) أي : أن النكاح عقد يجوز انعقاده بالصريح من الألفاظ كأنكحتك وزوجتك ، ويجوز أيضًا بالكناية منها بشرط النية إذا لم يذكر المهر ، أما إذا ذكره في العقد فالنية ليست بشرط ، وإن كان الإمام السرخسي صرح بأن النية ليست بشرط مطلقًا ذكر المهر أم لم يذكره ، وعليه يجوز انعقاد النكاح لأنه عقد كسائر العقود فلا يختص بلفظ معين ينعقد به ، ولكنه ينعقد بأي لفظ من ألفاظ العقود ، كوهبتك بنتي ، أو بعتك بنتي مثلًا ، قياسًا على الطلاق الذي هو حل النكاح ينعقد بالصريح من الألفاظ والكناية منها ، فكذلك النكاح لا يختص بلفظ معين ينعقد به . انظر : شرح القدير على الهداية (١٩٤/٣ ، ١٩٥) ، المبسوط (٦٠/٥) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٤٩٤ - ولأن بضع الحرة يزول الملك عنه بلفظ الحرية ، فجاز أن يملك استباحته بلفظ التمليك والبيع [(١)] ، أصله : بضع الأمة .

٢١٤٩٥ - ولأنه لفظ ينعقد به نكاح النبي ﷺ فجاز أن ينعقد به نكاح الغير ، أصله : لفظ التزويج والإنكاح ، فإن نازعوا في الوصف دللنا عليه بالآية ، وبما روى من عدد الموهوبات [(٢)] .

٢١٤٩٦ - فإن قيل : كان النبي [ﷺ] يتزوج بغير مهر [ولا شهود] [(٣)] ، وبذلك يعقد بلفظ الهبة [(٤)] .

٢١٤٩٧ - قلنا : يجوز للنبي أن يتزوج بغير مهر ولا شهود ، ثم لا يتزوج بلفظ الهبة عندكم .

٢١٤٩٨ - ولأن الدلالة دلت على تخصيصه بهذين الحكمين ، ولم تقم دلالة على تخصيصه بلفظ فصار في ذلك وغيره سواء .

٢١٤٩٩ - يبين ذلك : أنه خص بسقوط المهر وترك الشهادة توسعة عليه وتخفيفا عنه ، وليس في لفظ العقد توسعة ولا تخفيف [(٥)] .

٢١٥٠٠ - فإن قيل : لما جاز للنبي [ﷺ] أن يتزوج بغير عدد جاز أن يتزوج بالهبة [(٦)] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن كل من يستباح وطؤها بلفظ التزويج جاز أن يستباح بلفظ التمليك ، وكما أن بضع الحرة يزول حل الاستمتاع به بلفظ الحرية ، كأن يقول لها الزوج : أنت حرة ، فيجوز ملك الاستمتاع به بلفظ التمليك والبيع ، وكما أن نكاح النبي ﷺ انعقد بلفظ الهبة كذلك غيره من رجال أمته ؛ لأن الأصل عدم الخصوصية ما لم يرد دليل ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ سورة الأحزاب الآية ٥٠ .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب الدليل على أنه ﷺ لا يقتدى به فيما خص به فيما سواه ، مرويًا عن الإمام الشافعي ﷺ (٧٦/٧) .

(٥) أي : أن الأدلة قد دلت على تخصيص نكاح النبي ﷺ بدون مهر ولا شهود ، أما تخصيص نكاحه بلفظ الهبة فلم ترد أدلة تخصص نكاحه بذلك ، فصار في ذلك وغيره من أمته سواء . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٦) أي : أن النكاح بلفظ الهبة من خصوصيات النبي ﷺ قياسًا على اختصاص نكاحه بأزيد من أربع . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

٢١٥٠١ - قلنا : مخالفته لغيره في العدد لا يوجب اختلافهما في لفظ العقد ؛ لأن الحر قد خالف العبد في العقود ، ولم يختلفا في اللفظ الذي ينعقد به العقد (١) .

٢١٥٠٢ - فإن قيل : لما جاز للنبي ﷺ أن يتزوج بغير عدد كما جاز لغيره أن يتسرى بغير عدد ، جاز أن يملك استباحة الحرائر باللفظ الذي يملك به استباحة الإماء وهو التمليك والهبة (٢) .

٢١٥٠٣ - قلنا : النبي ﷺ كان له أن يتزوج عددًا محصورًا إلا أنه يزيد علينا ، ولهذا قال اللّٰه تعالى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ ﴾ (٣) [سورة الأحزاب من آية ٥٢] ، وإنما قالت عائشة : لم يقبض النبي ﷺ حتى أحل له أن يتزوج ما شاء (٤) .

٢١٥٠٤ - فإذًا الحالة التي عقد بلفظ الهبة كان نكاحه مخصصًا بعدد ، وخالف في ذلك الوطء بملك اليمين ، كما اختلف حكم غيره فيه .

٢١٥٠٥ - ولأن لفظ التمليك يجوز أن تملك به الرقبة على التأبيد ويملك بمقتضاها منافع البضع على التأبيد ، فكل لفظ يجوز أن يملك به شيئان على التأبيد يجوز أن يملك به كل واحد منهما على الانفراد ، أصله : لفظ البيع في الأعيان المختلفة .

٢١٥٠٦ - ولا يلزم العقد : على المنافع في الإجارة بلفظ البيع ؛ لأن المنافع لا تملك منفردة عن الرقبة على التأبيد ، والبيع يقتضي ملكًا مؤبدًا والمنافع في النكاح تملك مؤبدة كما تملك الرقبة في البيع فلذلك جاز أن ينعقد بلفظ الهبة والبيع (٥) .

---

(١) أي : أن خصوصية النبي ﷺ في جمعه أزيد من أربع نسوة لا توجب اختصاصه في لفظ العقد ، بدليل مخالفة الحر للعبد في العقود ، ولكنهما لم يختلفا في اللفظ الذي به ينعقد العقد . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

(٢) أي : أن النبي ﷺ من خصوصياته الزيادة في النكاح على أربع قياسًا على جواز تسري غيره بغير عدد من الإماء ، وإذا كان من خصوصياته ذلك جاز له أن يملك استباحة الحرائر باللفظ الذي تملك به استباحة الإماء وهو التمليك والهبة . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٢ .

(٤) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما افترضه اللّٰه عز وجل على رسول اللّٰه ﷺ وحرمه على خلقه (٤٦/٦) .

(٥) أي : أن لفظ التمليك تملك به منفعة الرقبة على التأبيد ، كما تملك به منافع البضع على التأبيد ، وكل لفظ يجوز أن يملك به شيئان على التأبيد ، جاز أن يملك به كل واحد منهما على الانفراد ، والمنافع في النكاح تملك مؤبدة ، فجاز عقده بلفظ التمليك والهبة والبيع . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

٢١٥٠٧ – احتجوا بقوله ﷺ : « اتقوا الله في النساء فإنهن عوان استحللتم فروجهن بكلمة الله » [١] .

٢١٥٠٨ – قالوا : وكلمة الله كتابه ، والمذكور في القرآن النكاح والتزويج [٢] .

٢١٥٠٩ – قلنا : وفي القرآن لفظ الهبة ، بقوله تعالى : ﴿ وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ [٣] .

٢١٥١٠ – وفيه النكاح بلفظ التراجع ، لقوله [٤] ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [٥] .

٢١٥١١ – ثم المراد بكلمة الله حكمه ، كقوله تعالى : ﴿ وَكَذَٰلِكَ حَقَّتۡ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ ﴾ [٦] والمراد بها وعيده ، وقال : ﴿ وَلَوۡلَا كَلِمَةٞ سَبَقَتۡ مِن رَّبِّكَ لَكَانَ لِزَامٗا ﴾ [٧] .

٢١٥١٢ – قالوا : لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به ، كالإجارة [٨] .

٢١٥١٣ – قلنا : ليس إذا كان اللفظ [٩] موضوعًا لعقد لم ينعقد به غيره ، ألا [١٠] ترى أن لفظ البيع يقع به الطلاق والعتاق [١١] وإن وضع لغير ذلك ؟

٢١٥١٤ – ولأن النكاح إذا انعقد بلفظ لا ينعقد به غيره ، فانعقاده بحاله مدخل في انعقاد العقود أولى .

٢١٥١٥ – وأصلهم : الإجارة وهو غير مسلم ؛ لأن من أصحابنا من حكى عن أبي الحسن أن النكاح ينعقد [١٢] بها لأن الله تعالى سمى البدل فيها أجرًا .

٢١٥١٦ – ولو سلمنا فالمعنى أن التوقيت شرط في صحتها وهو يبطل النكاح ، والتأبيد من شرائط النكاح وهو يفسد الإجارة ، فلما شرط في كل واحد منهما ما يفسد

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ حديث رقم ١٢١٨– والنسائي ، كتاب الحج ، باب الكراهية في الثياب المصبغة للمحرم مختصرا رقم ٤٦ ، حديث رقم ٢٧١٣– وأبو داود ، كتاب الحج ، باب صفة حجة النبي ﷺ حديث رقم ١٩٠٥– وابن ماجه ، كتاب المناسك ، باب حجة النبي ﷺ حديث ٣٠٧٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٢١١/٦) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٦) سورة غافر : الآية ٦ .

(٧) سورة طه : الآية ١٢٩ .

(٨) أي : أن عقد الهبة لا ينعقد بلفظ النكاح ، فلا ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الإجارة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « عقد لا ينعقد بلفظ النكاح ، فلم ينعقد النكاح بلفظه كالإجارة » .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

الآخر وأفسد أحدهما ما يصح الآخر ، لم ينعقد أحدهما باللفظ الموضوع للآخر [١] .

٢١٥١٧ – قالوا : الهبة لفظ وضع لعقد من شرطه القبض ، فوجب ألا ينعقد به النكاح ، كالرهن [٢] .

٢١٥١٨ – قلنا : الهبة قد تفتقر [إلى القبض وقد لا تفتقر] [٣] وهي هبة ما في الذمة ، والمعنى في الرهن أنه في موضوعه لا يفيد التمليك والهبة لفظ يفيد التمليك على التأبيد [٤] .

٢١٥١٩ – فإن قيل : لفظ النكاح لا يفيد التمليك وإنما معناه الاجتماع [٥] .

٢١٥٢٠ – قلنا : هذا اشتقاقه في اللغة ، فأما في الشريعة فإنه موضوع للتمليك ، والتعليل يقع على مقتضى الشرع [٦] .

٢١٥٢١ – قالوا : لو [٧] وطئت الزوجة بشبهة لم يستحق الزوج المهر ، فدل على أنه لم يملك ، إذ لو ملك المنفعة استحق بدلها [٨] .

---

(١) أي : أن اللفظ إذا وضع لعقد من العقود ليس في ذلك عدم انعقاد غير هذا العقد بهذا اللفظ ، بدليل أن لفظ البيع يقع به الطلاق ، فإذا قال الزوج لزوجته : بعتك ، ونوى الطلاق وقع طلاقه ، وكذلك لو قال السيد لعبده : بعتك ونوى إعتاقه كان العبد حرا ، فانعقد الطلاق والعتاق بلفظ البيع الذي لم يوضع لهما أصلًا . وأصلهم الإجارة غير مسلم به ؛ لأن أبا الحسن الكرخي من أصحابنا أجاز انعقاد النكاح بلفظ الإجارة ، فلو قال الولي للزوج : آجرتك بنتي ، انعقد بذلك النكاح ؛ لأن اللّه تعالى سمى البدل في النكاح أجرًا حيث قال تعالى ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ . ولكن الصحيح في المذهب الحنفي عدم انعقاد النكاح بلفظ الإجارة ، وكذلك الإجارة لا تنعقد شرعًا إلا مؤقتة ، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا ، فكان بين موجبيهما تناف ، فلم ينعقد أحدهما باللفظ الموضوع للآخر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/١٩٦) .

(٢) الرهن لغة : الحبس ، وشرعًا : حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه ، كالدين . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٠٠ والمعنى : أن الهبة من شروطها القبض ، فلا ينعقد بلفظها النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الرهن . انظر : نهاية المحتاج (٦/٢١١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن الهبة ليس من شروطها القبض كما زعم المخالف ، بل قد تفتقر إلى القبض وقد لا تفتقر ، كهبة ما في الذمة ، وقياس الهبة على الرهن قياس غير صحيح ؛ لأن لفظ الرهن لا يفيد التمليك ، بخلاف لفظ الهبة فإنه يفيد التمليك على وجه التأبيد . انظر : المبسوط (٥/٦٠) .

(٥) أي : أن لفظ النكاح لا يفيد التمليك ، وإنما يفيد الاجتماع . انظر : مغني المحتاج (٣/١٢٤) .

(٦) أي : أن الاجتماع ، هو اشتقاق النكاح في اللغة ؛ لأن النكاح لغة : الضم والجمع ، وأما موضوع النكاح شرعًا فهو للتمليك ، والعبرة بالشرع لا باللغة . انظر : الاختيار (٣/٧) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن الزوج إذا وطئ امرأة بشبهة ، كمن نكح امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاعة كان لتلك المرأة مهر =

٢١٥٢٢ – قلنا : يملك بالعقد الاستباحة فما يستوفيه يملكه ، وما استوفاه غيره لم يملكه هو ، وإنما استوفي من ملك المرأة فيستحق عوضه [١] .

٢١٥٢٣ – أو نقول : إن الرهن لا ينعقد به نكاح النبي ﷺ [فلا ينعقد به نكاح غيره ، ولفظ الهبة ينعقد به نكاح النبي ﷺ] [٢] فانعقد به نكاح غيره .

٢١٥٢٤ – ولأن الرهن لا ينعقد به عقد يستباح به بضع أمة ، فجاز ألا ينعقد عقد استباح به بضع حرة [٣] .

٢١٥٢٥ – قالوا : لفظ لا يقتضي عوضًا بحال فلا ينعقد به النكاح ، كلفظ الإباحة والتحليل [٤] .

٢١٥٢٦ – قلنا : هذا لا يمنع انعقاد نكاح النبي ﷺ به ، فإن لم ينعقد نكاحه بلفظ التحليل والإباحة لم ينعقد نكاح غيره به [٥] .

٢١٥٢٧ – والمعنى فيه : أن هذا اللفظ لم يوضع للتمليك في صريحه فلم ينعقد به [٦] النكاح ، [ولما كان لفظ الهبة وضع للتمليك المؤبد جاز أن ينعقد به النكاح] [٧] كما انعقد لرسول الله ﷺ .

= المثل ، ويفسخ العقد بينهما ، ولم يرجع الزوج عليها بشيء من المهر ، فدل ذلك على أنه لم يملك شيئا ، إذ لو ملك المنفعة لاستحق بدلها ، وهو المهر . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(١) أي : أن عقد النكاح تملك به الاستباحة ، فيستبيح الزوج البضع ، وتستبيح الزوجة المهر ، فإذا استوفته ملكته هي ، ولا حق للزوج فيه ؛ لأنه لم يملك المرأة في النكاح بشبهة فلم يستحق عوضه . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٣٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن قياس المخالف لفظ الهبة على لفظ الرهن في عدم انعقاد النكاح بهما قياس غير صحيح ، وذلك لأن لفظ الرهن لم ينعقد به نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد به نكاح غيره ، بخلاف لفظ الهبة ، فإنه لما انعقد به نكاح النبي ﷺ انعقد به نكاح غيره ، كما أن الرهن لا ينعقد به عقد يستباح به بضع الأمة ، فلم يجز أن ينعقد به عقد يستباح به بضع الحرة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٤) أي : أن لفظ الهبة لا يقتضي عوضًا ؛ لأن الهبة تمليك بلا عوض ، فلم ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الإباحة كأبحتك بنتي أو التحليل كأحللتك بنتي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لو انعقد بغير لفظه ، لكان بلفظ الإحلال والإباحة » اهـ .

(٥) أي : أن لفظ الإباحة والتحليل ، لم ينعقد بهما نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد بهما نكاح غيره من أمته . انظر : شرح فتح القدير (١٩٥/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٥٢٨ - قالوا : الهبة عقد موضوع لإسقاط ما في الذمة ، فلم ينعقد به النكاح ، كالبراءة (١) .

٢١٥٢٩ - قلنا : يجوز أن يقع التمليك بلفظ يعبر به عن إسقاط الحق ، كما أن البيع يقع به الملك ويسقط به الحق إذا باع العبد من نفسه ، وإذا أوقع به الطلاق .

٢١٥٣٠ - والمعنى في لفظ البراءة : أنها لا تفيد التمليك ، وليس كذلك الهبة ؛ لأنها تفيد التمليك المؤبد (٢) .

٢١٥٣١ - قالوا : نكاح لغير النبي ﷺ بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، فوجب ألا يقر ، أصله : لفظ الإباحة والإحلال (٣) .

٢١٥٣٢ - قلنا : المعنى في الأصل أن نكاح النبي ﷺ لا ينعقد بذلك اللفظ فلم ينعقد به نكاح غيره ؛ لأن حكمه ﷺ وحكم غيره في الألفاظ التي (٤) ينعقد بها العقود لا (٥) يختلف (٦) .

٢١٥٣٣ - قالوا : لفظ الهبة كناية في النكاح ، فلم ينعقد به ، كقوله : آجرتكها حياتك وأوصيت لك بها حياتك (٧) .

---

(١) أي : أن عقد الهبة شرع لإسقاط ما في ذمة الواهب ونقل ملك الموهوب للموهوب له فلم ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم عقده النكاح بلفظ البراءة بجامع أن كلًّا من لفظ الهبة ولفظ البراءة إسقاط . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « إنه لفظ غير موضوع للنكاح ، فلم ينعقد به النكاح » اهـ .

(٢) أي : أن التمليك يجوز أن يقع بأي لفظ يدل على إسقاط الحق ، كلفظ البيع مثلًا فإنه يقع به الملك للمشتري ويسقط به حق البائع في المبيع ، وقياسهم الهبة على البراءة قياس غير صحيح ؛ لأن الهبة تفيد الملك ، والبراءة لا تفيده . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٣) أي : أن نكاح غير النبي ﷺ لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ، فلو انعقد نكاح غير النبي ﷺ الهبة لانعقد بلفظ الإحلال والإباحة أولى ، كأحللتك بنتي أو زوجتك بنتي ، لكونهما أدل على مقصود العقد . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه انعقد بغير لفظه لكان بلفظ الإباحة والإحلال أولى ؛ لأنه أدل على مقصود العقد » .

(٤) ساقطة من (م) . (٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن لفظ الإحلال والإباحة لا ينعقد بهما نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد بهما نكاح غيره ، بخلاف لفظ الهبة لما انعقد به نكاح النبي ﷺ انعقد به نكاح غيره من أمته . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٥/٣) .

(٧) أي : أن النكاح لا ينعقد إلا باللفظ الذي يأتي على الحقيقة لا على الكناية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والعقد لا يصح إلا بما يأتي على حقيقة » ولقد سبق بيان معنى الحقيقة والكناية .

٢١٥٣٤ - قلنا : العقود كلها تنعقد باللفظ الموضوع لها ، وباللفظ الذي [١] لم يوضع لها [٢] فكذلك النكاح لا يمنع أن ينعقد بلفظ موضوع له وبلفظ لم يوضع له إذا كان فيه معناه .

٢١٥٣٥ - ولأنه لما انعقد نكاح النبي [ﷺ] بلفظ كناية كذلك ينعقد نكاح غيره بكناية ، والكلام على لفظ الإجارة والوصية ما قدمناه [٣] .

٢١٥٣٦ - قالوا : الهبة عقد يعرى عن العوض ، والنكاح لا يعرى عن عوض بحال ، فلم يجز أن يعقد عقد لا يعرى عن عوض بلفظ يعرى عن عوض ، كما لم تنعقد الهبة بلفظ البيع [٤] .

٢١٥٣٧ - قلنا : الهبة لا يقتضي إطلاقها العوض ، فإذا عقد به النكاح فكأنه عقد بلفظ النكاح وشرط نفي العوض .

٢١٥٣٨ - ألا ترى : أن مقتضى اللفظ كالصريح به ، فإذا كان النكاح ينعقد مع التصريح بإسقاط العوض جاز أن ينعقد بلفظ يعرى عن العوض ، ولهذا ينعقد بلفظ الهبة إذا شرط فيها العوض ، فأما إذا عقد الهبة بلفظ البيع فهو ضد مسألتنا لأنه يعقد مالا يقتضي العوض بلفظ مقتضاه العوض فيعقد عندنا هبة بعوض غير مسمى فتكون فاسدة [٥] / . ٢/أ

٢١٥٣٩ - قالوا : الهبة عقد [٦] لا يلزم بنفسه والنكاح لازم بنفسه فلم يجز أن ينعقد العقد اللازم بلفظ غير لازم بنفسه ، كما لا ينعقد النكاح بلفظ [٧] بيع فيه شرط الخيار [٨] .

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) ساقطة من (ع) .

(٣) أي : أن العقود تجوز باللفظ الموضوع لها حقيقة ، وبغير اللفظ الموضوع لها ؛ لأن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية كذلك . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

(٤) أي : أن الهبة عقد بدون عوض ؛ لأنها تمليك عين بلا عوض على جهة التبرع ، أما النكاح فلا يصح إلا بعوض هو المهر ، فلا يجوز أن يعقد بلفظ الهبة . انظر : نهاية المحتاج (٢١١/٦ ، ٢١٢) .

(٥) أي : أنه إذا عقد النكاح بلفظ الهبة مع إطلاقه فكأنه عقد بلفظ النكاح وشرط نفي العوض ، وإذا جاز انعقاد النكاح مع التصريح بإسقاط العوض ، جاز أن ينعقد بلفظ لا عوض فيه وهو لفظ الهبة ، وإذا عقد الهبة بلفظ البيع فلا يصح لأنه عقد ما لا عوض فيه بعقد يقتضي العوض ، فإذا عقدت الهبة بلفظ البيع كانت هبة فاسدة ؛ لأنها بعوض غير مسمى . انظر : حاشية ابن عابدين (١٧/٣) .

(٦) ساقطة من (م) . (٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن عقد الهبة غير لازم بنفسه من جهة الواهب ولا من جهة الموهوب له بخلاف عقد النكاح فهو لازم بنفسه من جهة الزوج ، وكذا من جهة الزوجة ، فلا يجوز أن يعقد عقد لازم بنفسه بلفظ عقد غير لازم بنفسه ، قياسًا على عقد النكاح بلفظ البيع الذي شرط فيه الخيار . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) ، حاشية =

٢١٥٤٠ – قلنا : هذا الاختلاف لم يمنع أن نكاح رسول الله ﷺ بلفظ الهبة ينعقد وإن لم يلزم بنفسه .

٢١٥٤١ – ثم لفظ الهبة إنما لا يتعلق الاستحقاق به لما فيه من معنى التبرع ، فإذا عقد به عقد النكاح الذي لا يتبرع به تعلق اللزوم بالعقد فلم يقف على القبض .

٢١٥٤٢ – ولأن الهبة إذا عقد بها النكاح كان نكاحًا ولم يكن هبة فانعقد بها العقد وتعلق به الاستحقاق ، كما تعلق به إذا عقد بلفظ النكاح [(١)] .

٢١٥٤٣ – فإن قيل : لو وهب بعوض فقد عقد البيع بلفظ الهبة ، ثم لم [(٢)] يمنع ذلك أن يعتبر فيه القبض الذي شرط فيه في الهبة [(٣)] .

٢١٥٤٤ – قلنا : إذا وهب عبده لنفسه صارت الهبة عتاقًا وزال الملك بلفظها ولم يعتبر فيها القبض .

٢١٥٤٥ – فأما الهبة على عوض فلا يحتاج تصحيحها أن نجعلها بيعا لأنها تصح هبة بعوض ، فلذلك اعتبرنا فيها شرط الهبة ، ولو جعلناها [بيعًا] [(٤)] لم يحتج إلى إبطال حكمها ؛ لأن عقد البيع قد ينعقد غير موجب للملك بشرط الخيار فلذلك لم يتعلق الاستحقاق بعقد الهبة بعوض .

٢١٥٤٦ – وأما النكاح إذا عقد بلفظ الهبة فلا يمكن تبقية العقد هبة ، ولابد أن نجعله نكاحًا ولا يمكن عقد النكاح غير موجب للملك كما يمكن في البيع ، فلذلك حكمنا بمعنى الهبة من العقد وجعلناه نكاحًا من كل وجه [(٥)] .

= البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣/٢١٥) .

(١) أي : لا يمنع عدم لزوم عقد الهبة بنفسه أن ينعقد به نكاح النبي ﷺ فإذا عقد النكاح بلفظ الهبة كان نكاحًا ، وتعلق به الاستحقاق كما يتعلق به إذا عقد بلفظ النكاح . انظر : الاختيار (٣/٦) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن الهبة لو كانت بعوض ، فإنها تكون بيعًا بلفظ الهبة ، فيشترط فيه القبض الذي شرط في الهبة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣/٢١٨) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [هبة] ، ولا وجه له .

(٥) أي : أن القبض ليس شرطًا في الهبة إذا كانت بدون عوض ، بدليل أن السيد لو قال لعبده : وهبتك لنفسي كانت عتقا ، ويزول الملك عن العبد بلفظها ولم يعتبر فيها القبض ، وأما الهبة بعوض فليس بلازم أن نصححها بجعلها بيعًا ؛ لأن الهبة بعوض صحيحة عندنا ، فيعتبر فيها شرط القبض . فالنكاح لو عقد بلفظ الهبة لا يعقل أن يبقى العقد هبة ، بل يكون نكاحًا لأنه لا يمكن عقد نكاح غير موجب للملك . انظر : شرح فتح القدير (٣/١٩٦) .

٢١٥٤٧ - قالوا : النكاح لا يصح إلا بشهادة ، ومتى عقدوا بغير شهود ثم أقروا بحضرة الشهود أنهم كانوا عقدوا لم يصح ، فالنكاح بلفظ الهبة يفضي إلى هذا ؛ لأن الولي إذا قال : وهبت بنتي منك بحضرة الشهود احتمل أن يكون وهب رقبتها واحتمل أن يكون زوجها ، فإذا قال بعد ذلك : أردت التزويج ، فإنما شهدوا على الإقرار بالعقد فلا يصح [١] .

٢١٥٤٨ - قلنا : إذا قال : وهبتها منك بمهر مائة لم يحتمل إلا النكاح ولا ينعقد عندهم ، وأما إذا أطلق ذلك وهو يريد النكاح فقد انعقد العقد [٢] بمشهد من الشهود إلا أنهم لا يعلمون ما شهدوا به ، وليس من شرط الانعقاد إلا حضور الشهود ، فأما علمهم بما شهدوا به فلا يعتبر ؛ لأن العلم إنما يراد للأداء ، والانعقاد لا يقف على الأداء باتفاق [٣] ، وهذا كما لو حضر العجم النكاح بالعربية صح ، وإن كانوا لا يعلمون ما شهدوا عليه إلا ببيان وتفسير [٤] .

٢١٥٤٩ - قالوا : الملك يرفع النكاح ويبطله ، بدلالة : أن من ملك زوجته فسد نكاحها ، فلا يجوز أن يعقد النكاح بما يرفعه كما لا ينعقد بلفظ الطلاق [٥] .

٢١٥٥٠ - قلنا : الهبة لا تنفي النكاح ، وإنما ينفيه حكم من أحكامها وهو الملك وذلك لا يوجد في الهبة إذا عقد بها النكاح فلا ينعقد بما ينافيه .

---

(١) أي : أن النكاح إذا عقد بلفظ الهبة عرى العقد عن الشهادة ؛ لأن الشهود لا يعلمون أنه نكاح إلا بقرينة ، فلو قال الولي : وهبت بنتي منك يحتمل أن يكون وهب رقبتها ، ويحتمل أن يكون زوجها ، فإذا قال بعد ذلك : أردت النكاح فتكون الشهادة على الإقرار بالنكاح لا على عقد النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه إذا عقد بلفظ البيع عرى العقد عن الشهادة ، فإن الشهود لا يعلمون أنه نكاح إلا بقرينة وما تفسيره القرينة كالإقرار والشهادة يجب أن تكون على العقد لا على الإقرار .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن الولي إذا قال للزوج : وهبت بنتي منك بمهر مائة درهم مثلًا لم يحتمل العقد إلا النكاح ، ومع ذلك فإنه لا ينعقد عند مخالفنا . وإذا قال : وهبت بنتي منك وسكت ، فقد انعقد النكاح بحضرة الشهود إلا أنهم لا يعلمون على أي عقد شهدوا أنكاح أم هبة ؟ علم الشهود بما شهدوا به ليس شرطًا في الانعقاد ، وإنما الشرط هو الحضور . انظر : الاختيار (٨٥/٣) .

(٥) أي : أن لفظ الهبة يفيد الملك ، فلو قال الولي للزوج : وهبتك بنتي ، كان في ذلك ملك الزوج لرقبتها ، والملك يرفع النكاح ، فلا يجوز أن يعقد النكاح بما يرفعه قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الطلاق . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « النكاح وإن أوجب التمليك إلا أنه لا يوجب تمليك الأملاك ، وإنما يوجب تمليكا على جهة الازدواج والاشتراك ولهذا تملك المرأة من الاستمتاع ما يملك الرجل ، فلم ينعقد بما وضع لتمليك الأملاك ، بخلاف البيع والهبة » .

٢١٥٥١ - ثم هذا يبطل بمسألة وهو أن لفظ البيع يقع به الملك ويزول به الملك إذا باع عبده من نفسه ، لم يجز أن يقال : كيف يقع الملك بما يرفع الملك ؟ كذلك في مسألتنا [1] .

٢١٥٥٢ - وعلى أن لفظ التزويج ينعقد به النكاح وتقع به الفرقة ؛ لأنه لو قال لامرأته : تزوجي ينوي الطلاق وقع .

* * *

(١) أي : أن لفظ الهبة لا ينفي النكاح ، وإنما الذي ينفيه هو الملك ، والملك لا يوجد في لفظ الهبة إذا عقد به النكاح ، ثم ما قاله المخالف يبطل بالسيد إذا باع عبده من نفسه ، فإن لفظ البيع يزول به الملك عن السيد ، ويقع به الملك للعبد ، كما أن لفظ التزويج ينعقد به النكاح وتقع به الفرقة ، فلو قال الزوج لامرأته : تزوجي وأراد بذلك طلاقها ، وقع طلاقه . انظر : الاختيار (٦/٣ ، ٧٥) .

انعقاد النكاح باللغة العربية وغيرها من اللغات

٢١٥٥٣ – قال أصحابنا : ينعقد النكاح بلفظ العربية ، والفارسية [١] ، وسائر اللغات [٢] .

٢١٥٥٤ – وقال الشافعي : لا يجوز بغير العربية لمن يحسنها ، ومن لا يحسن العربية ، ففيه وجهان ، أحدهما : ينعقد بغيرها ، والآخر : لا ينعقد [٣] .

٢١٥٥٥ – لنا : أنه عقد ينعقد بلفظ العربية فانعقد بغيرها مع القدرة ، كالبيع وسائر العقود .

٢١٥٥٦ – ولأنها لغة يثبت بالإقرار بها الحد والقصاص ، فينعقد بها النكاح ، كالعربية .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) وسائر اللغات مثل الإنجليزية ، والألمانية ، والفرنسية ، انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (٣/١٦) ، شرح فتح القدير (٣/١٩٠) ، مجمع الأنهر (١/٣١٨) .

(٣) انظر قول الشافعي في : المهذب (٢/٥٣) ، المجموع (١٦/٢١٢) ، مغني المحتاج (٣/١٤٠) ، حاشية قليوبي وعميرة (٣/٢١٦) ، نهاية المحتاج (٦/٢١٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٦/٣٧٠) .
وأما المالكية : فلقد روي عن الإمام مالك رحمه الله جواز الانتقال إلى غير العربية لمن يحسنها ، ولكن مع الكراهة . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٧٩ ، ٨٠ .
ويرى الحنابلة : أن من يقدر على عقد النكاح باللغة العربية لم يصح له أن يعقد بغيرها ؛ لأنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال ، وأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه ؛ لأنه عاجز عما سواه . انظر : المغني لابن قدامة (٦/٥٣٣ ، ٥٣٤) .
محل الخلاف في هذه المسألة : هل ينعقد النكاح بغير اللغة العربية ؟ إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإذا كان الزوجان يفهمان العربية ، ويستطيعان العقد بها فقد قال الأئمة الثلاثة مالك وأبو حنيفة وأحمد : ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه في تلك اللغة التي اختارها ؛ لأن التكلم بغير العربية ليس حرامًا ، ولأنه ربما كانت تلك اللغة هي لغتهم الأصلية ، كالإدارية بالنسبة للهنود ، والتركية بالنسبة للأتراك . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينعقد النكاح بغير العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ويستطيعانها ؛ لأن النكاح حقيقة شرعية ، أظلها الإسلام بحمايته وأوجد آثارها ، ورتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين ، فكان كالصلاة لا تصح بغير العربية لمن يجيدها . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٧٩ ، ٨٠ .

٢١٥٥٧ – ولأن النكاح إن اعتبر بما لا يؤثر فيه الشبهة صح بكل لغة ، كالبيع وسائر العقود ، وإن اعتبر بما لا يؤثر به الشبهة ثبت بكل لغة كالحد والقصاص .

٢١٥٥٨ – ولأن رفع هذا العقد يصح بغير العربية مع القدرة ، فانعقد العقد بها ، كالبيع [١] .

٢١٥٥٩ – احتجوا بقوله ﷺ : « استحللتم فروجهن بكلمة اللّٰه » [٢] .

٢١٥٦٠ – وقد بينا الجواب عن هذا الخبر ، وأن المراد به الحكم الذي يرتفع به الإباحة .

٢١٥٦١ – قالوا : لفظ النكاح والتزويج تعبير ؛ لأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ [٣] ، وقال : ﴿ زَوَّجۡنَٰكَهَا ﴾ [٤] ، وإذا لم يأت بأحد اللفظين لم يجز [٥] .

٢١٥٦٢ – قلنا : قد أتى بها إذا ذكرها بالفارسية ، كما أنه أتى بالبيع إذا عبر عنه بها [٦] .

* * *

(١) أي : أن غير العربية من اللغات كالفارسية أو التركية ، أو الإنجليزية أو الفرنسية كل هذه لغات يثبت بها النكاح ، قياسًا على ثبوت البيع بها ، ولأن الزاني لو اعترف على نفسه بالزنا مثلًا بلغة من هذه اللغات ، وجب عليه الحد ، وكذلك القاتل لو ثبت القتل عليه واعترف بلغة من هذه اللغات وجب القصاص ، كما أن الطلاق يجوز بأي لغة من هذه اللغات فكذلك النكاح . انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٣) .

(٢) سبق تخريجه وبيانه ووجه الدلالة منه .

(٣) سورة النساء : الآية ٣ .

(٤) سورة الأحزاب : الآية ٣٧ .

(٥) والمعنى : أن لفظ الإنكاح أو التزويج هما اللذان ورد بهما القرآن الكريم فالعدول عنهما بغير عذر لا يجوز. انظر : المجموع (٢١٢/١٦) .

(٦) أي : أن العاقدين يكونان قد أتيا الإنكاح والتزويج إذا عبرا عن ذلك بأي لغة من اللغات ، كما ينعقد البيع إذا عبر عنه بها . انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٣) .

مسألة ١٠٥١

نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة

٢١٥٦٣ - قال أصحابنا : إذا طلق الرجل زوجته لم يجز أن يتزوج أختها ، ولا أربعًا سواها حتى تنقضي عدتها ، والطلاق البائن والرجعي في ذلك سواء [1] .

٢١٥٦٤ - وقال الشافعي : إن كان الطلاق بائنًا جاز له تزويج أختها ، وأربعًا سواها [2] .

٢١٥٦٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ [3] ، ولا يخلو أن يكون المراد به الجمع المشاهد أو الجمع في النكاح ، أو في أحكام النكاح ، [ولا يجوز أن يكون المراد به الجمع مشاهدة ؛ لأن ذلك يجوز بالإجماع] [4] ، ولا يجوز أن يكون المراد الجمع في النكاح ؛ لأن الآية دلت على تحريم الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الجمع في أحكام النكاح . وذلك موجود في حال العدة [5] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع ٢٦٣ ، مجمع الأنهر (٣٣٠/١) ، المبسوط (٢٠٢/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٥/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) ، حاشية ابن عابدين ٣٨/٣ ، الاختيار لتعليل المختار (١٥/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا أربعة حتى تنقضي عدتها ، وسواء كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٣/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، المجموع (٢٢٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٨٢/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) . يقول الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن تزوج إحداهما ثم طلقها ، فإن كان الطلاق بائنًا حلت له الأخرى ؛ لأنه لم يجمع بينهما في الفراش ، وإن كان رجعيًا لم تحل له ؛ لأنها باقية على الفراش » اهـ . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

وأما المالكية : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه ، يقول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي : « إذا بانت المرأة من الرجل جاز له العقد على أختها وعلى كل من يحرم عليه الجمع بينها وبينها وإن لم تخرج من العدة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٩/٢) .

وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الأحناف فيما ذهبوا إليه ، يقول ابن قدامة : « وإن تزوج امرأة ثم طلقها لم تحل له أختها ولا عمتها ولا خالتها حتى تنقضي عدتها رجعية كانت أو بائنة » اهـ . انظر : المغني (٥٤٣/٦) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) سبق بيان معنى العدة وأقسامها . والمعنى أن الله تعالى نهى عن الجمع بين الأختين ، والجمع بينهما إما أن يكون في المشاهدة فهذا جائز بالإجماع ، وإما أن يكون في النكاح وهذا لا يجوز ؛ لأن الآية دلت على تحريمه ، وإما أن يكون الجمع بينهما في أحكام النكاح وهذا موجود في فترة العدة ، فلا يجوز . انظر : طريقة الخلاف في =

٢١٥٦٦ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [١] المراد به تحريم النكاح ، فكذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ [٢] .

٢١٥٦٧ - قلنا : قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ يتضمن تحريم الوطء والاستباحة بالنكاح وملك اليمين ، ويدل عليه : ما روي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود . مثل قولنا [٣] .

٢١٥٦٨ - وعن سليمان بن يسار [٤] أن خالد بن عقبة [٥] كان تحته أربع نسوة ، فطلق إحداهن ، ثم تزوج أخرى فاستشار مروان [٦] في ذلك أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون وفرق بينهما .

٢١٥٦٩ - ولا يقال : يحتمل أن يكون الطلاق رجعيًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يخف على مروان حتى يفتقر إلى الاستشارة [٧] .

٢١٥٧٠ - فإن قيل : زيد بن ثابت المخالف [٨] .

٢١٥٧١ - قلنا : روى أبو يوسف في الأمالي [٩] عن ابن عباس مثل قولنا ، وذكر أن

= الفقه بين الأئمة الأسلاف ، للشيخ /محمد بن عبد الحميد الأسمندي ، تحقيق د . محمد زكي عبد البر ص ٩٢ .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ . (٢) سورة النساء : الآية ٢٣ .

والمعنى أن قوله تعالى ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ معطوف على قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ فالمطلقة الرجعية باقية على الفراش ، فيحرم فيه نكاح أختها في العدة ، أما المطلقة البائن فليست باقية على فراش الزوجية ، فيحل نكاح أختها في عدتها . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٤) هو : سليمان بن يسار ، أبو أيوب ، مولى ميمونة بنت الحارث ، من فقهاء المدينة ، كثير الحديث ، مات سنة ٩٤ ، وقيل ١٠٠ ، وقيل ١٠٤ ، وقيل ١٠٧ عن ثلاث وسبعين سنة . انظر : طبقات الحفاظ ص ٣٥ ، طبقات ابن سعد (١٣٠/٥) .

(٥) هو : خالد بن عقبة بن أبي معيط بن أبي عمرو بن أمية بن عبد شمس الأموى ، أخو الوليد ، أسلم عام الفتح . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤١٠/١) ، أسد الغابة (١٥٠/٢) .

(٦) هو : مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي ، ولد في الثانية من الهجرة ، وتوفي سنة ٦٤هـ ، وقيل ٦٨هـ . انظر ترجمته في الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٠٣/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) ، أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٨) هو : زيد بن ثابت أبو سعيد الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ حفظ القرآن وأتقنه ، وأحكام الفرائض ، مات سنة ٤٥هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٤٣/١) ، طبقات الحفاظ ص ٨ .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الإملاء] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي .

زيدا رجع من قوله إلى قول بقية الصحابة [١] .

٢/ب ٢١٥٧٢ - وذكر الطحاوي بإسناده عن سليمان بن يسار/ أن مروان في قصة خالد ابن عقبة أرسل إلى زيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال : ما ينبغي له ذلك ، أنه إن مات اعتدت منه خمس نسوة ، وهذا يدل على موافقة الصحابة .

٢١٥٧٣ - وروي أن ابن سيرين [٢] سئل عن ذلك فقال : وما يمنعه ، فقال عبيدة السلماني : [٣] أن يجمع ماءه في رحم أختين ، فقال ابن سيرين : استر عليَّ هذا ، فدل على أن الاجتهاد لا يسوغ فيه ؛ لأنه لو ساغ فيه لم يسأل الستر إذا رجع قول من الاجتهاد إلى مثله [٤] .

٢١٥٧٤ - ويدل عليه : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين » [٥] ومتى تزوج أختها مع بقائها في العدة فقد جمع ماءه في رحمهما .

٢١٥٧٥ - ولا يقال : يجوز النكاح ويمتنع الوطء ؛ لأن هذا القول لم ينقله أحد ، فلم يجز إثبات ما يخالف الإجماع [٦] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) ، والمعنى أن زيد بن ثابت رجع عن قوله بجواز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة البائن ، إلى قول بقية الصحابة القائلين بعدم جواز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة ، بائنًا كان الطلاق أو رجعيًا .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) هو : عبيدة بن عمرو ، ويقال : ابن قيس بن عمرو السلماني المرادي ، أبو عمرو الكوفي ، أسلم قبل وفاة النبي ﷺ بسنتين ولم يلقه ، مات سنة ٧٢هـ ، وقيل ٧٣هـ ، وقيل ٧٤هـ . انظر ترجمته في : تاريخ بغداد (١١٩/١١) ، وتهذيب التهذيب (٨٤/٧) ، وطبقات ابن سعد (٦٢/٦) ، وتذكرة الحفاظ (٥٠/١) وطبقات الحفاظ ص ١٤ .

(٤) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) .

(٥) في نصب الراية (١٦٨/٣) ، وقال الزيلعي : حديث غريب ، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير : لا أصل له بهذا اللفظ ١٦٦/٣ ، وقال ابن الجوزي اللفظ الثاني للحديث « ملعون من جمع ماءه في رحم أختين » ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث ، وقال ابن عبد الهادى : لم أجد له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب الحديث . انظر : تلخيص الحبير (١٦٦/٣) .

(٦) المعنى أنه إذا قال المخالف : يجوز النكاح ويمتنع الوطء حتى تنقضي العدة فإنا نقول له : هذا القول لم ينقل عن أحد من الفقهاء ، بالإضافة إلى أنه مخالف للإجماع ، فلقد روي عن عبيدة السلماني أنه قال : ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر ، وأن لا تنكح المرأة في عدة أختها . انظر : المغني (٥٤٤/٦) ، وشرح فتح القدير (٢٢٥/٣) .

٢١٥٧٦ - ولأنها معتدة في حق الزوج أن يتزوج أختها . كما لو قال لها : أنت بائن ، كالمطلقة الرجعية .

٢١٥٧٧ - ولا يلزم : إذا قال الزوج : قد أخبرتنى أن عدتها قد انقضت ؛ لأنها غير معتدة في حقه ، ولهذا لو كان الطلاق رجعيًا جاز أن يتزوج أختها عند مخالفنا ، ولا يمتنع أن تثبت العدة في حقها دونه كما لو قالت : قد انقضت عدتى ، ثم قالت : كذبت في إقراري بقيت العدة في حقها دونه [١] .

٢١٥٧٨ - فإن قيل : يجب عليه نفقتها ويثبت نسب ولدها [٢] .

٢١٥٧٩ - قلنا : تجب النفقة لها ، لأنه لا يتصدق عليها ، وهو متصدق في حق نفسه ، وأما النسب فإنه متى ثبت نسب ولدها منه بطل نكاح أختها [٣] .

٢١٥٨٠ - فإن قيل : المعنى في المطلقة الرجعية أن الزوجية باقية ، بدلالة : وقوع الطلاق ، ووجوب الميراث ، وصحة الإيلاء ، والظهار [٤] .

٢١٥٨١ - قلنا : إن كان أصل العلة إذا قال : لها أنت بائن لم نسلم هذا الفرق ، وإن جعلنا الأصل المطلقة الرجعية [٥] قلنا : إن زعمت أن جميع أحكام الزوجية باقية لم يصح ذلك ؛ لأن البينونة تقع بمضى المدة [٦] وعند مخالفنا وطؤها محرم ، وإن وطئها بطل إحصانه ، وإذا آلى منها كان ابتداء مدة الإيلاء عقيب الرجعة ، ولو كانت زوجة

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠٣/٤) .

(٢) أي : أنه يجب للمطلقة الرجعية على زوجها النفقة ، ويثبت نسب ولدها فيه إن كانت حاملًا ، فلهذا لا يجوز له نكاح أختها حتى تنقضي عدتها بخلاف البائن فإنها لا تجب لها نفقة ولا كسوة ، فلهذا جاز له نكاح أختها في عدتها . انظر : مغني المحتاج (٤٤٠/٣) .

(٣) المعنى : أن وجوب النفقة للرجعية ، ليس على جهة الصدقة عليها ، بل على جهة الإلزام ، وثبوت ولده من مطلقته يبطل نكاح أختها . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٦/٣) .

(٤) أي : لا يجوز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة الرجعية ، لقيام الزوجية بينها وبين زوجها ، بدليل جواز إيقاع الطلقة الثانية أو الثالثة عليها في العدة والتوارث ، وصحة الإيلاء والظهار . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٥) أي : أن نكاح المطلقة البائن قائم من وجه ، وهو منعها من الخروج والبروز ، والترويج بزوج آخر حتى تنقضي عدتها ، قياسًا على الرجعية ، وإذا كان نكاحها قائمًا من هذا الوجه ، فلا يجوز نكاح أختها في عدتها . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة والأسلاف ص ٩٢ ، كتاب النكاح .

(٦) أي : أن المخالف إن زعم أن جميع أحكام الزوجية باقية في المطلقة الرجعية نقول له : إن هذا غير صحيح ؛ لأن البينونة تقع بانتهاء مدة العدة إذا لم يراجعها فيها . انظر : الاختيار (١٠٨/٣) .

كان ابتداء المدة عقيب اليمين [١] .

٢١٥٨٢ - وإن زعموا أن بعض أحكام الزوجية ثابت ، فكذلك نقول في المبتوتة أن السكنى لها وثبوت النسب ومنعها من التصرف في نفسها من أحكام النكاح ، ويقع عليها صريح الطلاق عندنا وترث إذا كان طلاقها في المرض .

٢١٥٨٣ - ولأنه تحريم من طريق الجمع فاستوى فيه حال النكاح والعدة ، كالجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٤ - أو نقول : تحريم تعلق بالجمع حال هذا النكاح ، فجاز ثبوت حكمه مع بقاء العدة ، كالجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٥ - ولأن كل جمع حرم حال العدة من طلاق رجعى حرم حال العدة من طلاق بائن ، دليله : الجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٦ - ولأن حرمة الجمع الثابتة والنكاح تبعًا لبقاء العدة .

٢١٥٨٧ - أصله : حبسه المرأة [٢] .

٢١٥٨٨ - فإن قيل : لا نسلم أن المنع من الزوجين تحريم جمع ، وإنما منعت المرأة أن تتزوج زوجًا آخر لأن الأول ملك بضعها فلم يجز أن تملك على ملك العين [٣] .

٢١٥٨٩ - قلنا : لو كان كذلك لجاز أن تتزوجهما معا ، ثم هذا التحريم تحريم جمع علته ما ذكروه ، كما أن تحريم الأختين تحريم جمع علته أنه يؤدي إلى قطيعة الرحم [٤] .

---

(١) أي : أن المطلقة البائن عند المخالف : إذا وطئها زوجها في عدة الطلاق البائن كان هذا الوطء حرامًا ، ويقام عليه الحد ، فلو كان النكاح قائمًا بينها وبين زوجها من وجه لا يورث شبهة لسقط الحد ، ولكنا نجيب عن ذلك بأن وجوب الحد عليه لأن النكاح قد ارتفع في حق حل الوطء من كل وجه ، ولكن النكاح لا يرتفع عن البائن من وجه منعها التزويج بغيره في العدة ، فالنكاح لا يرتفع من جميع الوجوه . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص ٩٤ ، كتاب النكاح .

(٢) أي : إذا زعم المخالف أن أحكام الزوجية ثابتة في المطلقة الرجعية فإنا نقول له : تجب عندنا في البائن كذلك ، ولأن تحريم الجمع بين الأختين تحريم من جهة الجمع ، فاستوى فيه حال النكاح والعدة . قياسًا على تحريم جمع المرأة بين زوجين . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٣) أي : أن قياس عدم الجمع بين الأختين في عدة طلاق إحداهما طلاقًا بائنًا على عدم جمع المرأة بين زوجين ، قياس غير صحيح ؛ لأن المرأة منعت من التزويج بزوج آخر غير الزوج الأول ؛ لأن الأول ملك بضعها ، فلم يجز لها أن تملك البضع لآخر ، وهو مملوك لغيره ، انظر : مغني المحتاج (١٨٢/٣) .

(٤) أي : أن حرمة نكاح المرأة لزوجين علته تحريم الجمع ، فكذلك تحريم الجمع بين الأختين علته تحريم الجمع ؛ =

٢١٥٩٠ - فإن قيل : الجمع بين الزوجين منع منه صيانة للأنساب ، لذلك استوى فيه حال النكاح والعدة لتساوى الحالين في وجوب حفظ النسب ، والجمع بين الأختين يمنع منه حتى لا يؤدي الجمع إلى قطيعة الرحم ، وهذا لا يوجد بعد البينونة (١) .

٢١٥٩١ - قلنا : ما دامت العدة باقية فالتنافس باق ؛ لأن السكنى والنفقة ثابتة عندنا وثبوت النسب ، وهذا هو المعنى الموجب لقطع الرحم (٢) .

٢١٥٩٢ - فإن قيل : المنع من الجمع ، متى أبان واحدة وتزوج أخرى فما جمع وإن فرق (٣) .

٢١٥٩٣ - قلنا : بل جمع في استحقاق النسب وفي السكنى ، ويكفي في وجه التحريم وجه واحد ، بدلالة : تحريم الجمع في الوطء بملك اليمين (٤) .

٢١٥٩٤ - فإن قيل : النكاح ثابت لكل واحد من الزوجين على الآخر ، فلما ثبت النكاح من الحيثيتين حرم الجمع على كل واحد منهما فإذا أبانها فالعدة واجبة عليها فخلفت العدة النكاح ، فبقى تحريم الجمع بحاله ، والزوج لا يلزمه عدة وقد زال النكاح فلم يخلفه غيره ، فلذلك جاز أن يجمع (٥) .

٢١٥٩٥ - قلنا : النكاح ثابت للزوج على المرأة وليس ثابتًا لها عليه ، كما تثبت الإجارة للمستأجر على المؤجر ، ولهذا يجب عليه البذل دونها ، ثم ثبت تحريم الجمع بين الجهتين .

=لأنه يؤدي إلى قطيعة الرحم . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٥/٣) .

(١) أي : أن الجمع بين الأختين بعد البينونة لا يؤدي إلى علة تحريم الجمع بينهما وهي قطيعة الرحم ، فيجوز لانقطاع الزوجية بالبينونة . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٢) أي : أن البائن طالما كانت باقية في العدة ، فالتنافس بينها وبين من يريد الزواج بها باق لوجوب النفقة والسكنى لها عندنا ، وهذا هو المعنى المؤدي لقطيعة الرحم . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٣) أي : أن الزوج إذا أبان امرأة وتزوج بأختها في عدتها ، فلا يكون جامعًا بينهما لانقطاع فراش الزوجية بالبينونة . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٤) أي : أن نكاح البائن باق ببقاء العدة والنفقة والسكنى والفراش القائم في حق ثبوت النسب ، والمنع من الخروج والتزوج بآخر ، فتثبت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٥) أي : حرم جمع المرأة بين زوجين ؛ لأن نكاح كل واحد منهما لازم من جهته فلما ثبت النكاح من الحيثيتين حرم الجمع بينهما على كل واحد منهما ، فإذا أبانها أحدهما بعد نكاحه لها ، فالعدة واجبة عليها ، فخلفت العدة النكاح فبقى تحريم الجمع بحاله ، والزوج إذا زال نكاحه ، فلا يخلفه شيء لأنه لا عدة عليه ، فلذلك جاز أن يجمع . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ، كتاب النكاح مسألة ٣٩ ص٩٣ .

٢١٥٩٦ – فكذلك العدة ثابتة عليها فخلفت النكاح في كل واحد منهما فبقى تحريم الجمع على ما كان عليه .

٢١٥٩٧ – ولأنه مستلحق لنسب ولدها فصار كحال بقاء النكاح [١] .

٢١٥٩٨ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٢] .

٢١٥٩٩ – قلنا : لا يجوز أن يكون المراد به الاستطابة التي هي المشهورة ؛ لأن ذلك ليس بسبب الإباحة باتفاق .

٢١٦٠٠ – بقى أن يكون معناها : ما قال ابن عباس في تأويلها ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ ﴾ أي ما حل [٣] وقد اختلفنا في التحليل فلم نسلم لهم [٤] دخول ما اختلفنا فيه في الآية [٥] .

٢١٦٠١ – فإن قيل : قوله ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ أمر فأدنى أحواله أن يفيد الإباحة ، وقد عرفنا التحليل بالأمر فلو حملنا قوله ﴿ مَا طَابَ ﴾ على الحل كان حملًا على التكرار ، ولصار تقدير اللفظ الحل لكم ما حل .

٢١٦٠٢ – قلنا : الإباحة وإن استفيدت بالأمر فكأنه تعالى بين أن الإباحة غير مطلقة وأنها تختص بعدد محصور فصرح بالإباحة ليبين العدد المباح [٦] .

٢١٦٠٣ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [٧] .

---

(١) أي : أن النكاح لازم للزوج على زوجته ، بدليل وجوب المهر عليه دونها قياسًا على لزوم الإجارة للمستأجر على المؤجر ، فثبت تحريم الجمع من جهة اللزوم ومن جهة وجوب البدل ، فخلفت العدة النكاح في حق الزوج والزوجة معًا فبقي تحريم الجمع على ما كان عليه . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣١/٢) .

(٢) سورة النساء : الآية ٣ .

ووجه الدلالة من الآية : أن الأمر بالإنكاح ورد عامًا ولم يفصل فدل عمومه على جواز نكاح الأخت في عدة أختها البائن .

(٣) انظر : تفسير ابن عباس ص ٦٤ . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) المعنى أننا قد اختلفنا في جواز نكاح الأخت في عدة أختها البائن ، فلم نسلم لهم دخول ما اختلفنا فيه في قوله : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ . انظر شرح فتح القدير (٢٢٥/٣) .

(٦) أي : أن التصريح بالإباحة في قوله ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ لبيان العدد المباح للحر أن يجمع بينهن في النكاح ، وليس الأمر بالإباحة على إطلاقه . انظر : جامع البيان في تفسير القرآن لابن جرير الطبري (١٦٠/٤) .

(٧) سورة المائدة : الآية ٢٥ .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها أباحت نكاح المؤمنات المحصنات ، والكتابيات المحصنات ولم تفصل في العدة أو غيرها .

٢١٦٠٤ - قلنا : شرط في الإباحة شرطًا مجملًا ، وهو قوله : ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ فصارت الإباحة مجملة لإجمال شرطها [١] .

٢١٦٠٥ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [٢] .

٢١٦٠٦ - قلنا : هذا عطف على قوله : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ ، والمراد به : الجمع في أحكام النكاح ، وعندنا أن هذا جمع في أحكام النكاح وهو السكنى واستحقاق النسب والتوارث [٣] .

٢١٦٠٧ - قالوا : جمع حرم على الزوج بعقد النكاح فوجب أن يرتفع بالبينونة ، كما لو كانت غير مدخول بها [٤] .

٢١٦٠٨ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن تحريم الجمع لم يثبت عندنا بعقد النكاح ، بدلالة أنه لو وطئ امرأة بشبهة لم يجز تزوج أختها ولا أربع سواها وإن لم يكن هناك نكاح .

٢١٦٠٩ - وإنما حرم عليه حبس أختين أو أكثر من أربع نسوة بحكم النكاح ، يبين ذلك أنه ممنوع من تزويج أختين معًا ومن العقد على خمس نسوة معًا ، فلو كان الجمع حرم بالعقد كان العقد هو المحرم لنفسه وهذا لا يصح .

٢١٦١٠ - والمعنى في غير المدخول بها أن تحريم الجمع زال في حقها وحلت للأزواج، فزال تحريم الجمع في حق الزوج ، وفي مسألتنا لم يزل تحريم الجمع في حقها فجاز أن يبقى تحريم الجمع في حق الزوج [٥] .

---

(١) أي : أن الإباحة ليست عامة ، ولكن شرط فيها شرطًا مجملًا وهو ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ فاحتملت الإباحة التقييد لاحتمال شرطها . انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ / محمد علي السايس (١١٩/٢) .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

ووجه الدلالة : أن الله ﷻ بين المحرمات من النساء في قوله ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ الآية وليس بينهن نكاح الأخت في عدة أختها البائن فدل ذلك على جوازه .

(٣) أي : أن قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ معطوف على قوله ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ والمراد به الجمع في أحكام النكاح ، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن جمع في أحكام النكاح ؛ لأن للبائن عندنا سكنى ونفقة ويثبت لها الميراث ، وكذلك يثبت النسب ولدها . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٤) أي : أن تحريم الجمع بين الأختين سببه العقد على الأولى منهما ، فيرتفع التحريم بالبينونة قياسًا على غير المدخول بها . انظر : المهذب (٥٦/٢) ، نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) .

(٥) أي : أن تحريم الجمع ليس سببه عقد النكاح ، بدلالة أنه لو وطئ امرأة بشبهة لم يجز له تزويج أختها ، ولا أربع سواها وإن لم يكن هناك نكاح ، والمعنى في المدخول بها أنه لا عدة عليها ، فزال تحريم الجمع في حقها وتحل للأزواج ، فكذلك يزول تحريم الجمع في حق الزوج ، والمطلقة البائن لم يزل تحريم الجمع في حقها ، فبقى =

٢١٦١١ – قالوا : بائن جاز مطلقًا أن يعقد على أختها بعد انقضاء عدتها ، فإذا عقد عليها في العدة صح العقد كما لو قال : أخبرتني أن عدتها قد انقضت [١] .

٢١٦١٢ – قلنا : هناك يجوز له العقد [على أختها وإن كان الطلاق رجعيًا كذلك يجوز إن كان بائنًا ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يتزوج في العدة] [٢] إذا تقدم الطلاق الرجعي كذلك البائن [٣] .

٢١٦١٣ – قالوا : بينونة تمنع أن يلحقها طلاقه ، فوجب أن يرتفع تحريم الجمع الذي حرم بعقد النكاح ، كما لو ماتت [٤] .

٢١٦١٤ – قلنا : لا نسلم أن البينونة تمنع طلاقه ؛ لأن صريح الطلاق يقع عليها عندنا وتقع الكنايات التي كان يملكها بشرط [٥] .

٢١٦١٥ – فإن فرضوا : في المطلقة ثلاثًا [٦] .

٢١٦١٦ – لم نسلم أن البينونة منعت الطلاق وإنما تمنع استباحة ما ملك منه ، والمعنى في المتوفاة : أن النكاح زال وأحكامه ، وفي مسألتنا أحكام النكاح بحالها ، بدلالة : السكنى ، وثبوت النسب ، وحبسها عن الأزواج لحقه [٧] .

٢١٦١٧ – قالوا : إنها أجنبية منه بدلالة أنها لا تحل له إلا بنكاح فوجب ألا تحرم

= كذلك في حق الزوج . انظر : المبسوط (٢١٠/٤) .

(١) أي : أن المطلقة البائن يجوز العقد على أختها بعد انقضاء عدتها ، فكذلك يجوز العقد عليها في عدتها . انظر : المهذب (٤٦/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : يجوز العقد على أخت المطلقة بعد انقضاء عدتها مطلقًا رجعيًا كان الطلاق أو بائنًا ، ولا يجوز العقد على الأخت في عدة أختها من طلاق رجعي ، فكذلك لا يجوز في عدتها من طلاق بائن . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٥/٣) .

(٤) أي : أن المطلقة البائن لا يلحقها طلاق في العدة ، فيرتفع تحريم الجمع الذي سببه العقد عليها ، قياسًا على موتها ، لذلك يجوز نكاح أختها في عدتها . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنها بانت منه فلا تدخل أختها في تحريم الجمع » .

(٥) أي : أن المطلقة البائن بينونة صغرى يقع عليها صريح الطلاق وكناياته بشرط النية كأن يقول لها الزوج : اختاري ، أو اختاري نفسك ، فقالت اخترت نفسي فإنها تقع طلقة واحدة بائنة ، فإذا حلف عليها طلاق في العدة من الطلقة الأولى وقع عليها الطلاق . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٧٠٢/٢) ، الاختيار (٨٦/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠١/٤) .

أختها لأجلها ، أصله : سائر الأجنبيات [١] .

٢١٦١٨ - قلنا : لا نسلم أنها أجنبية بدلالة حبسها عليه ، ووجوب نفقتها عندنا ، وسكناها على المذهبين وثبوت نسب ولدها .

٢١٦١٩ - والمعنى في سائر الأجنبيات : أنهن لما يحبسن عن الأزواج بحقه لم يحبسن عن تزويج أخواتهن ، ولما حبست هذه عن الأزواج لحقه منع [٢] من تزويج أختها كالمطلقة الرجعية [٣] .

٢١٦٢٠ - قالوا : هذه أبعد من الأجنبية ؛ لأن الأجنبية تحل له بالعقد والمطلقة ثلاثًا [٤] لا تحل له إلا بعد زوج ، فإذا جاز له أن يتزوج أخت الأجنبية فهذه أولى [٥] .

٢١٦٢١ - قلنا : كيف تكون هذه أبعد من الأجنبية ، وعلق النكاح قائمة مع هذه ومنتفية في حق الأجنبية ، وعلق النكاح/ هي التحريم كنفس النكاح بدلالة منعها من الأزواج . ٢٤٢/أ

٢١٦٢٢ - فأما جواز تزويج الأجنبية وامتناع تزويج هذه فما هو لبعدها ، لكن لأنه يستوفي ما ملك من طلاقها فلا يجوز أن يعقد عليها حتى يستوفي في حكم الطلاق ، والأجنبية لم تستوف طلاقها فجاز أن يعقد عليها [٦] .

٢١٦٢٣ - فإن قيل : إن العدة وثبوت النسب ووجوب السكنى من أحكام النكاح

---

(١) أي : أن البائن لا تحل لزوجها إلا بعقد ومهر جديدين ، فصارت كالأجنبية ، فيجوز له نكاح أختها في عدتها . انظر : الأم (٣/٥) .

(٢) بياض في (ن) ، (ع) .

(٣) البائن ليست بأجنبية لوجوب النفقة بأنواعها لها ، وحبسها من الأزواج لحقه في فترة العدة ، فلما حبست من الأزواج لحقه ، منع من تزويج أختها ، قياسًا على المطلقة الرجعية . انظر : فتح القدير (٣/٢٢٥) ، الاختيار (٣/١٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن المطلقة البائن أبعد من الأجنبية ؛ لأنها لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره إذا كانت بينونتها كبرى ، أما الأجنبية فإنها تحل له بمجرد العقد فقط ، فإذا جاز له أن يتزوج بأخت الأجنبية فهذه أولى . انظر : الأم (٣/٥) .

(٦) أي : أن البائن ليست بأجنبية ؛ لأن أحكام النكاح لازالت قائمة في حقها ، منتفية في حق الأجنبية ، وجواز التزويج بالأجنبية ليس لبعدها ، ولكن لأن لم يستوف طلاقها ، فجاز العقد عليها ، أما البائن فبما أنه لم يستوف حكم طلاقها ، فلم يجز العقد على أختها في عدتها . انظر : الاختيار (٣/١٥) .

وكذا العدة والنسب من أحكام الوطء ، بدلالة : أنه يثبت في الموطوءة بشبهة ، وبدلالة أن السكنى في حال النكاح تجوز البراءة منها ولا تجوز البراءة من السكنى في حال العدة [١] .

٢١٦٢٤ - قلنا : المعتدة من النكاح محبوسة ممنوعة من الخروج وهذا من الأحكام المختصة بالنكاح ، فأما الموطوءة بشبهة فتجب عليها العدة لكن لا تمنع من الخروج ، وليس إذا وجبت العدة على [٢] الموطوءة بشبهة [٣] وقلت [٤] في المطلقة لم يكن من أحكام النكاح ، [ألا ترى : أن النفقة تجب لذوى الأرحام والمملوك ، وتجب للزوجة ولا يمنع وجوبها في غير الزوجة أن تكون من أحكام النكاح] [٥] .

٢١٦٢٥ - وأما قولهم : إن السكنى لا تصح البراءة منها فلأنها في حال النكاح من حقوقها فجاز أن تسقطها ، وفي حال العدة تعلق بها حق الله تعالى فجاز أن تسقط في حقها ولم يجز أن تسقط في حق الله تعالى .

٢١٦٢٦ - قالوا : لو طلقها قبل الدخول لم تجب [العدة فدل أنها من أحكام الوطء

٢١٦٢٧ - قلنا : لو طلقها بعد الخلوة وجبت [٦] العدة عندنا وإن لم يدخل بها وليس] [٧] يمتنع أن تكون من أحكام النكاح ، ومن شرطها الوطء [٨] .

---

(١) أي : أن العدة وثبوت النسب ووجوب النفقة من أحكام الوطء ، كما هي من أحكام النكاح أيضًا ، بدلالة ثبوت العدة والنسب في الموطوءة بشبهة ، وبدلالة سقوط السكنى في حال النكاح ، وعدم سقوطها في حال العدة . انظر : نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) هكذا في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وكان الأولى أن يقال : وليس إذا وجبت العدة على الموطوءة بشبهة ، أن تجب لها نفقة في العدة » يقول الإمام السرخسي : « ولا نفقة في النكاح الفاسد ولا الوطء بشبهة ولا في العدة منه ؛ لأن ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها للزوج للقيام بمصلحة » اهـ . انظر : المبسوط (١٩٣/٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن المطلقة البائن لو طلقها زوجها قبل الدخول بها لا عدة عليها ، لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ سورة الأحزاب آية ٤٩ فدل ذلك على أن العدة من أحكام الوطء . انظر : الإشراف لابن المنذر (١٦٣/٤) .

(٧) ساقط من (م) .

(٨) أي : أنه إذا طلقها قبل الدخول بها وبعد الخلوة الصحيحة ، وجبت عليها العدة بالخلوة ، ويجوز أن تكون العدة من أحكام النكاح ومن شرطها الوطء . انظر : الاختيار (٤٠/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص ٩٧ .

٢١٦٢٨ – قالوا : إذا كان المولى يطأ أمته فباعها أو أعتقها وجب عليها الاستبراء منه ولم يمنعه ذلك من وطئ أختها ، كذلك وجوب العدة على الأخت منه لا يمنع من تزويج أختها [١] .

٢١٦٢٩ – قلنا : هناك لا يجب الاستبراء منه ، وإنما يجب بحدوث الملك في رقبتها واستباحتها ، بدلالة : أن المولى لو لم يطأها وجب الاستبراء وإذا لم يجب هذا [٢] الاستبراء لحقه لم يمنع وطئ أختها ، كما أن وجوب العدة [٣] على المرأة من غيره لا يمنع من تزويج أختها [٤] .

٢١٦٣٠ – قالوا : إذا طلق الرجل أربع نسوة لم يجز أن يتزوج عندكم .

٢١٦٣١ – فنقول : حر رشيد لا زوج له غير متلبس بحرمة عبارة فوجب أن يكون له النكاح كالذى لم يتزوج [٥] .

٢١٦٣٢ – قلنا : يبطل بالموت ولأنه رشيد في ماله والمعنى فيمن لم يتزوج الذي ليس في حبسه عدد فجاز أن يتزوج ، وهذا في حبسه أربع فلم يجز أن يتزوج خامسة كما لو ارتدت زوجاته . [٦]

٢١٦٣٣ – قالوا : روى أن فيروز الديلمي [٧] أسلم وتحته أختان فأمره النبي ﷺ أن يفارق إحداهما فلو كانت العدة تمنع تزويج الأخت وجب أن يفارقها [٨] .

---

(١) أي : أن السيد إذا وطئ أمته ، وباعها أو أعتقها ، وجب على الأمة الاستبراء منه ولم يمنع الاستبراء من وطئ أختها ، كذلك وجوب العدة على الأخت المطلقة البائن لا يمنع من تزويج أختها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما حرم عليه من امرأة بسبب أختها حل بزوال الملك في الأخت .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن الاستبراء سببه حدوث الملك في الرقبة واستباحة الوطء ، بدلالة : أنه إذا لم يطأها وجب الاستبراء، وإذا لم يجب الاستبراء لحقه لم يمنع من تزويج أختها . انظر : المبسوط (٢٠١/٤) .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٦) أي : أن قياس المطلق لنسائه الأربع الذي لم يتزوج قياس غير صحيح لأن غير المتزوج أصلًا ليس في حبسه عدد ، فجاز له التزويج ، أما المطلق لنسائه الأربع في حبسه أثناء عدتهم عدد ، فلم يجز له التزويج بالخامسة ، قياسًا على ما لو أراد الزواج بها وهن في عصمته . انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) .

(٧) هو : فيروز الديلمي ، ويقال : ابن الديلمي ، يكنى أبا الضحاك ، يماني كناني ، من أبناء الأساورة من فارس ، الذي كان كسرى قد أرسلهم لقتال الحبشة ، مات في خلافة عثمان باليمن سنة ٥٣هـ انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٠/٣ ، ٢١١) .

(٨) أخرجه الشافعي في مسنده ، كتاب النكاح حديث رقم ٤٥ (ج٢ /١٦) – وأبو داود ، كتاب الطلاق=

٢١٦٣٤ - قلنا : العدة لم تمنع بقاء نكاح الأخت ، وليس إذا منعت العدة ابتداء نكاح الأخت منعت البقاء . كما أن العدة تمنع ابتداء التزويج ، ولو تزوجها فوطئت بشبهة وجبت العدة ولم يمنع ذلك بقاء نكاحها [١]

* * *

= باب ٢٥ حديث رقم ٢٢٤٣ (ج٢/٦٧٨) - والترمذي ، كتاب النكاح باب الرجل يسلم وعنده أختان حديث رقم ١١٢٩ وقال : حديث حسن- وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أختان رقم ١٩٥١ (ج١/٦٢٧) .

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥١٧) .

مسألة ١٠٥٢

شرط الخيار في النكاح

٢١٦٣٥ - قال أصحابنا [١] : إذا شرط الخيار [٢] في النكاح صح النكاح ، وبطل الشرط [٣] .

٢١٦٣٦ - وقال الشافعي : يبطل النكاح [٤] .

٢١٦٣٧ - لنا : أنه نكاح منعقد فلا يبطله الشرط ، كما لو تزوجها على أن الطلاق بيدها .

٢١٦٣٨ - ولأنه عقد لا يفسخ بالإقالة فلم يبطله شرط الخيار ، كالخلع والعتق بعوض [٥] والصلح من الدم العمد .

٢١٦٣٩ - ولأنه شرط في العقد شرطًا لا يملك إيجابه بعده فلم يبطل العقد ، كما لو تزوجها على أنها مالكة للطلاق ، ولا يمنع الخيار في الصرف والسلم ؛ لأن شرطه يملك إيجابه بعد العقد .

٢١٦٤٠ - ولأنه عقد لا يوجب توقيت النكاح ، فلا يمنع انعقاده في الحال .

---

(١) ساقط من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأثبتناها اتباعًا لعادة المؤلف .

(٢) انظر : المبسوط (٩٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) ، يقول الإمام السرخسي : « وإذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لأحدهما أولهما خيار ، فالنكاح جائز ، والخيار باطل » اهـ .

(٣) انظر : الأم (٣٨/٥ ، ٨١) ، المهذب (٦٠/٢) ، المجموع (٢٥٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٢٦/٣) . يقول الإمام الشيرازي : « وإذا تزوج بشرط الخيار بطل العقد ؛ لأنه عقد يبطله التوقيت ، فبطل بالخيار ، كالبيع » اهـ . المهذب : (٦٠/٢) .

وأما المالكية : فإنهم يوافقون الشافعية في أن شرط الخيار يبطل عقد النكاح ، وكذا الحنابلة في رواية لهم ، والأخرى : أن النكاح صحيح والشرط باطل كما هو مذهب الحنفية . يقول ابن رشد : « هل يجوز عقد النكاح على الخيار ؟ فإن الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور يجوز » انظر : بداية المجتهد (٩/٢) . وانظر الروايتين للحنابلة في : المغني (٢٥٢/٦) ، المقنع (٤٩/٣) .

وسبب الخلاف : هو تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع التي يجوز فيها ، أو نقول : إن الأصل في العقود ألا خيار إلا ما وقع عليه النص ، وعلى المثبت للخيار الدليل ، أو نقول : إن أصل الخيار في البيوع هو منع الغرر ، والأنكحة لا غرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة . انظر : بداية المجتهد (٩/٢) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢١٦٤١ - أولا يوجب ملك أحد الزوجين رقبة الآخر ، فلا يبطل العقد ، كما لو شرط أن يهدى لها هدية .

٢١٦٤٢ - والدليل على أن الخيار لا يوقف العقد أنه يصح في البيع وهو لا يحتمل التوقيت ، والدليل على أنه لا يمنع الانعقاد في الحال أنه يصح في البيع وعقده لا يتعلق بشرط .

٢١٦٤٣ - ولا يلزم إذا قال : تزوجتك شهرا ؛ لأنه وقَّت النكاح .

٢١٦٤٤ - ولا يلزم إذا قال : تزوجتك رأس الشهر وقت ليس بمنعقد لأنه لا ينعقد في الحال .

٢١٦٤٥ - ولا يلزم إذا قال المولى لعبده تزوج حرة على رقبتك ؛ لأن ذلك يقتضي ملك أحد الزوجين

٢١٦٤٦ - وهذه المسألة مبنية على أن نكاح المكره ينعقد عندنا ، وتأثير الإكراه أبلغ من تأثير الخيار ، ألا ترى أن الإكراه يمنع صحة البيع والخيار لا يمنع منه ؟ فإذا كان الإكراه عندنا لا يمنع صحة النكاح فالخيار أولى [(١)] .

٢١٦٤٧ - احتجوا : بأن الخيار لا يبقى الإباحة في وقت يقتضي إطلاق العقد ثبوتها ، فصار كما لو تزوجها شهرا [(٢)] .

٢١٦٤٨ - قلنا : هناك وقت العقد فلم يصح ، وههنا لم يوقت العقد [(٣)] وإنما شرط نفس الاستباحة فصار كما لو تزوجها على أن يطلقها [(٤)] .

---

(١) لقد بني الأحناف مسألة اشتراط الخيار في النكاح على مسألة نكاح المكره ، فإن اشتراط الخيار في النكاح يعدم الرضا في العقد ، كالإكراه ، وانعدام الرضا بسبب الإكراه لا يمنع صحة النكاح عندهم ، كما أن عقد النكاح عقد لازم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطًا فاسدًا ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٢) أي : أن شرط الخيار في النكاح يرفع إباحة استمتاع الزوجين ببعضهما في وقت لو لم يشترط الخيار لاقتضى إطلاق العقد بثبوتها ، فأشبه النكاح المؤقت بشهر مثلًا ، فكان العقد المشروط فيه الخيار باطلًا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : لنا : « إنه شرط ينفي الإباحة والملك في زمان يقتضي النكاح الإباحة والملك فيه فأشبه إذا قال : تزوجتك إلى شهر » اهـ .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن عقد النكاح بطل في النكاح المؤقت لتوقيته ، أما النكاح المشروط فيه الخيار فإنه لم يؤقت ، ولكن المشروط فيه الاستباحة ، فأشبه ما لو تزوجها على أن يطلقها . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

٢١٦٤٩ – قالوا : معاوضة تحتمل الفسخ فإذا قابلها [1] بشرط لا يصح فيها أبطلها ، كما لو شرط الخيار في الصرف والسلم [2] .

٢١٦٥٠ – قلنا [3] : المعنى في الصرف والسلم أنه يجوز إثبات حق الفسخ فيها من غير سبب فوجب الفسخ وهو المقابلة ، فإذا شرط الخيار صح ومنع تمام القبض في المجلس فبطل العقد .

٢١٦٥١ – وفي مسألتنا : العقد لا يحتمل الفسخ بغير سبب يوجب ذلك فإذا شرط الخيار لم يتعلق بشرطه حكم وصار وجوده وعدمه سواء [4] .

٢١٦٥٢ – قالوا : العقد الذي يحتمل شرط الخيار إذا شرط فيه خيار [لا يحتمله] [5] أبطله ، وهو [البيع] [6] بشرط الخيار أربعة أيام ، فالعقد الذي لا يحتمل الخيار إذا شرط فيه خيار لا يحتمله أولى أن يبطل [7] .

٢١٦٥٣ – قلنا : البيع إذا شرط فيه خيار أربعة أيام لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد وذلك يبطل البيع كما لو شرط أن يهب له هبة .

٢١٦٥٤ – وفي مسألتنا إذا شرط فيه خيار لا يقبله النكاح فقد شرط منفعة لأحد الزوجين لا يقتضيها العقد فلا يبطل ذلك العقد كما لو شرط أن يهدى لها هدية أو يكون ملك الطلاق والظهار لها [8] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فاتها] ، ولا وجه له .

(٢) أي : أن عقد النكاح عقد معاوضة ، وهذه المعاوضة تحتمل الفسخ ، فإذا شرط فيها شرطًا لا يصح ، كانت معاوضة باطلة ، قياسًا على لو شرط الخيار في عقد الصرف أو السلم . انظر : الأم (٨١/٥) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن القياس على عقد الصرف والسلم المشروط فيهما الخيار غير صحيح لأنه يجوز الفسخ فيهما من غير سبب ، بخلاف النكاح فإنه لا يجوز الفسخ فيه إلا بسبب فشرط الخيار فيه لم يتعلق به حكم ، فصار وجوده وعدمه سواء . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [العقد] ، ولا وجه له .

(٧) أي : أن البيع إذا شرط فيه الخيار أربعة أيام فإنه لا يحتمل هذا الشرط ؛ لأن مدة الخيار ثلاثة أيام ، وإذا كان البيع الذي يحتمل شرط الخيار أبطله الشرط الذي لا يحتمله ، فالنكاح المشروط فيه الخيار باطل من باب أولى لعدم احتماله الشرط . انظر : الأم (٣٨/٥) .

(٨) المعنى : أن البيع المشروط ، فيه الخيار أربعة أيام ، شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد فكان بيعا باطلا ، بخلاف النكاح إذا شرط فيه شرطًا لا يقبله النكاح فقد شرط فيه منفعة لا يقتضيها العقد ، فلا يبطل العقد ، ولكن الذي يبطل هو الشرط لفساده ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

مسألة ١٠٥٣

الجمع بين الأختين من الإماء

٢١٦٥٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج أخت أم ولده أو كانت تحته أمة يطؤها فتزوج أختها ، صح النكاح ولم يجز له أن يطأ واحدة منهما حتى تحرم الأولى بضرب من ضروب التحريم أو أن يعتقها ، أو يبيعها ، أو يزوجها ، أو يكاتبها (١) .

٢١٦٥٦ - وقال الشافعي : يحل له وطئ التي تزوجها ويحرم عليه وطئ الأولى (٢) .

٢١٦٥٧ - لنا : أنه سبب يستباح به الوطء ، فإذا طرأ في أخت الموطوءة لم يجز وطؤها مع بقاء الأولى على حالها ، أصله : إذا اشترى أخت أمته (٣) .

٢١٦٥٨ - قالوا : إذا ملكها فقد تساويا فقدمت التي وطئها أولا وفي مسألتنا : حكم النكاح أقوى من ملك اليمين ؛ لأنه يتعلق به من الحقوق مالا يتعلق بملك اليمين ،

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٤/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٤/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢١٢/٣) ، المبسوط (٢٠١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٠/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) ، الاختيار (١٤/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها ، جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه ، فإذا حرمها وطئ المنكوحة ، فإذا لم يكن وطئ المملوكة وطيء المنكوحة وحرمت المملوكة حتى يفارق المنكوحة » اهـ .

(٢) انظر : قول الشافعي رحمه الله في الأم (٣/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، المجموع (٢٢٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٨١/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٩/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٣/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٩٧/٤) . يقول الإمام الشيرازي : « وإذا تزوج المرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ؛ لأن أختها على فراشه ، وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة ؛ لأن فراش المنكوحة أقوى » اهـ . وبقول الإمام أبي حنيفة ، قال الإمام مالك رحمه الله ، يقول ابن رشد : « واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين ، إذا كانت إحداهما بنكاح ، والأخرى بملك اليمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة ، وأجازه الشافعي » انظر : بداية المجتهد (٤٤/٢) ، الخرشي على مختصر سيدى خليل (٢١٢/٣) دار صادر - بيروت . وبقول الشافعي رحمه الله قال الحنابلة في أصح الروايتين لهم . انظر الروايتين للحنابلة : في المغني (٥٨٧/٦) .

(٣) أي : أن النكاح بسبب يستباح به الوطء ، فإذا تزوج بأخت أمته الموطوءة بملك اليمين ، امتنع عليه وطئ المنكوحة ، مع بقاء الأمة الموطوءة بالملك على حالها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢١٣/٣) .

فلذلك كانت الزوجية أولى بالإباحة (١) .

٢١٦٥٩ - قلنا : قوة سببها لا يدل على اختصاصها بالإباحة ؛ لأن الحرة تحرم بأسباب لا تحرم بها الأمة ، وهي الظهار والطلاق الرجعي الذي لا يزيل الملك عندهم ، وإذا كانت تدخل في التحريم لم تختص بالإباحة .

٢١٦٦٠ - ولأنه لو وطئ الزوجة قبل أن تحرم الأمة على نفسه إننا نلحق نسب ولد أختين ، وذلك لا يجوز ، كما لو وطئها بملك اليمين .

٢١٦٦١ - [ولأنه بالوطء يجمع ماءه في رحم أختين وذلك لا يجوز كما لو وطئها بملك اليمين] (٢) .

٢١٦٦٢ - ولأنه لو ملك أختين فوطئهما لم يجز له وطء واحدة منهما مع بقاء الأخرى على حالها ؛ لأن كل واحدة منهما يلزمه نسب ولدها وهذا المعنى موجود في الأمة الموطوءة (٣) وأختها المزوجة (٤) .

٢١٦٦٣ - احتجوا : بأنه جمع لا يمنع صحة النكاح فوجب ألا يمنع استباحة الاستمتاع ، أصله : إذا تزوج أجنبية بعد أجنبية (٥) .

٢١٦٦٤ - قلنا : هناك يجوز أن يستديم وطئها ، فجاز أن يبتدء به ، وفي مسألتنا : لا يجوز أن يستديم وطؤها فلا يجوز أن يجمع بينهما في حكم الوطء (٦) .

* * *

(١) أي : أن فراش المنكوحة أقوى ؛ لأنه يملك به حقوقًا لا يملكها بفراش الموطوءة بالملك ، من طلاق وظهار وإيلاء ولعان ، فثبت الأقوى وسقط الأضعف . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٠/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) .

(٥) أي : أن الجمع بين الأختين الأمتين - إحداهما بنكاح والأخرى بالملك ، جمع يمنع صحة النكاح فلا يمنع استباحة الاستمتاع ، قياسًا على من تزوج أجنبية بعد أجنبية . انظر : مغني المحتاج (١٨١/٣) .

(٦) المعنى أنه في نكاح الأجنبية بعد الأجنبية يجوز أن يستديم نكاحهما معًا فجاز ابتداؤه ، أما في مسألتنا لا يجوز له استدامة الوطء ، فلا يجوز له أن يجمع بينهما في حكم الوطء . انظر : البحر الرائق (٩٥/٣) .

مسألة ١٠٥٤

حرمة المصاهرة بالزنا

٢١٦٦٥ - قال أصحابنا : الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا زنا بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها ، وإذا زنا بأم امرأته أو بنتها وقعت الفرقة بينه وبين امرأته [١] .

٢١٦٦٦ - وقال الشافعي : الزنا لا يتعلق به التحريم [٢] .

٢١٦٦٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [٣] ، ولم يفصل بين أن يدخل بها في النكاح أو قبله .

٢١٦٦٨ - وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٤] ، والنكاح حقيقة في الوطء لأنه مأخوذ من الاجتماع والتداخل ولهذا قالت العرب : «أنكحنا الفرى» . فسرى يضربونه للأمر يجتمعون عليه كالاجتماع المعتبر من الوحش مع الأتان [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف : في المبسوط (٢٠٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢٦٠/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٦/١) ، شرح فتح القدير (٢١٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٠/٣) ، البحر الرائق (٩٨/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٣٦٧/٣) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٧/٢) ، الاختيار (١٧/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « والزنا يوجب حرمة المصاهرة » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي ﷺ في : الأم (١٥٣/٥) ، المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢١٩/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٤/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١٠١/٤) ، مغني المحتاج (١٧٨/٣) ، وفيه يقول : « فلا يثبت بالزنا حرمة المصاهرة فللزاني نكاح أم من زنى بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي » اهـ . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك ﷺ ، يقول ابن عبد البر : « إن الزنا لا يتعلق به تحريم المصاهرة ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وهو قول أهل الحجاز ، وقد روى عنه أن الزنا يتعلق به التحريم ، والأول أصح وعليه العمل عند فقهاء المدينة » اهـ . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٤٢/٢) - والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) . وأما الحنابلة ، فإنهم يرون أن الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة ، كمذهب الأحناف انظر : المغني (٥٧٦/٦) ، والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٣ . (٤) سورة النساء : الآية ٢٢ .

(٥) انظر : الاختيار (٧/٣) ، المبسوط (١٩٢/٤) ، أصل هذا المثل أن رجلًا خطب امرأة فأبى أبوها تزويجها له ورضيت أمها بالخاطب وغلبت الأب حتى زوجها على كره منه ، وقال : « أنكحنا الفرا » ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها وهذا المثل يضرب للتحذير من العاقبة « والفرا » في الأصل الحمار الوحشي ، استعير للرجل استخفافا به . انظر : تحفة الفقهاء (١١٨/٢) . الهمزة وبالتاء المثناة الحمارة والجمع أتن ، كعناق=

٢١٦٦٩ – وقال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف [١]

٢١٦٧٠ – يقولون : « تناكح الشيئان » إذا تداخلا .

٢١٦٧١ – وقال النبي ﷺ : « لعن الله ناكح البهيمة » [٢] وإنما سمى العقد نكاحًا لأنه يتوصل به إلى النكاح ، كما يسمى الشيء على اسم المجاورة [٣] .

٢١٦٧٢ – ومن أصحابنا من قال : إن الاسم يتناول الأمرين يقولون : نكح إذا عقد ويقولون : نكح إذا وطئ ، فيحمل عليها [٤] .

٢١٦٧٣ – فإن قيل : النكاح في الشرع/ اسم للعقد ، بدلالة أنه لم يذكر في القرآن ٢٤٢/ب إلا في العقد ، قال الله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٥] ، وقال : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ [٦] ، وقال ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » [٧] .

٢١٦٧٤ – قلنا : من ادعى استعمال الاسم اللغوي بالشرح احتاج إلى ذلك ثم في هذه المواضع إنما حمل الاسم على العقد بدلالة أنه لما ذكر العدد في قوله : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم ﴾ [٨] على أن المراد به العقد لأن الوطء لا يدخله حصر بعدد ، وقوله : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ [٩] .

٢١٦٧٥ – وحمل على العقد لأن إذن الأهل لا يعتبر في الوطء ، على أن النكاح قد ورد في القرآن عبارة عن الوطء قال تعالى : ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾ [١٠] ، وقال : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ [١١] ، والمراد بذلك الوطء لأن العقد مستفاد بذكر

=وأعنق . انظر : حياة الحيوان الكبرى ، للدميرى (١٨/١) ، ٢٥٣ ط المكتبة الإسلامية بيروت .

(١) لم نقف على قائله إلا أننا قد وجدناه في شرح فتح القدير على الهداية حيث استشهد به الكمال بن الهمام على أن النكاح حقيقة في الوطء .

(٢) أخرجه الترمذي : كتاب الحدود ، باب ٢٤ (ج٩/٣) بلفظ « ملعون من عمل بعمل قوم لوط ، وملعون من أتى بهيمة » من حديث عمرو بن أبي عمرو ، وفي نيل الأوطار من حديث عمرو بن أبي عمرو ، وقال الشوكاني « وتفرد عمرو بن أبي عمرو لا يقدح في الحديث ، فقد قدمنا أنه احتج به الشيخان ووثقه ابن معين، وقال البخاري عمرو صدوق ، ولكنه روى عن عكرمة مناكير » اهـ . نيل الأوطار (١١٨/٧) .

(٣) انظر : الاختيار (٧/٣) .

(٤) انظر : المبسوط (١٩٢/٤) .

(٥) سورة النساء : الآية ٣٣ .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) سورة النساء : الآية ٣ .

(٩) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(١٠) سورة النساء : الآية ٦ .

(١١) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

الزوج [١] .

٢١٦٧٦ - وكذلك قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً ﴾ [٢] ، أريد به على قول بعض المفسرين الوطء . وقال تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ [٣] .

٢١٦٧٧ - والشيء لا يضاف إلى نفسه وثبت أنه أضيف إلى الوطء ، وإذا ثبت اسم النكاح يتناول الوطء صار تقدير الآية : « ولا تطأوا ما وطئ آباؤكم » ، وهذا عام في الوطء بنكاح [٤] و غيره . يبين ذلك أنه قال : ﴿ إِنَّهُۥ [٥] كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [٦] وهذا التغليظ لا يستعمل في العقد الفاسد ، وإنما يقال في الوطء ، ويدل عليه : ما روى أبو هانئ [٧] أن النبي ﷺ قال : « إن الله لا ينظر إلى رجل ينظر إلى فرج امرأة وابنتها » [٨] ولم يفصل بين النظر في العقد وغيره .

٢١٦٧٨ - ولأنه وطئ مقصود في موطوءة ، فوجب أن يعلق به تحريم المصاهرة ، كالوطء بنكاح [٩] .

٢١٦٧٩ - ولا يلزم الصغيرة والمسنة ؛ لأن وطأهما ليس بمقصود .

٢١٦٨٠ - ولا يلزم وطئ الرجل ؛ لأنا قلنا : في موطوءة .

٢١٦٨١ - ولأنه وطئ من يستباح وطؤها بسببي الإباحة ، أعني النكاح والملك ، فصار كوطء أمته المزوجة ووطء جارية ابنه .

٢١٦٨٢ - ولا يلزم : وطئ الصغيرة والميتة ؛ لأنه لا يستباح بواحد من السببين .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١١٤/٢) ، شرح فتح القدير على الهداية (١٨٥/٣) .

(٢) سورة النور : الآية ٣ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٧) هو : عبد الرحمن بن أبي مالك ، ذكره أبو عمر ، فقال : قدم على رسول الله ﷺ فمسح رأسه ودعا له بالبركة ، وأنزله على يزيد بن أبي سفيان ، وروى حديثه عبد الرحمن بن أبي مالك عن أبيه عن جده أبي هانئ انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٠١/٤) .

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٩/٣) ، موقوفا من طريق ابن مسعود والحديث ضعيف ؛ لأن فيه ليثًا وحمادا وهما ضعيفان - ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال (١٧٠/٧) ، وقال : وهذا منقطع ومجهول وضعيف - ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق ابن مسعود ، وأبي هانئ كذلك ، (١٦٥/٤) ، كتاب النكاح .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

٢١٦٨٣ – ولا يقال : المعنى في الوطء أنه صادف الملك [فتعلق به التحريم] [1] ، [وهذا الوطء لم يصادف الملك] [2] ؛ لأن علة الأصل تبطل بوطء جارية الابن وعلة الفرع تبطل بالوطء بشبهة [3] .

٢١٦٨٤ – فإن قيل : المعنى في الأصل أن الوطء يتعلق به تحريم مؤقت ، فجاز أن يتعلق به تحريم مؤبد [4] .

٢١٦٨٥ – قلنا : ثبوت التحريم المؤقت لا يدل على ثبوت التحريم المؤبد ؛ لأن ثبوت أخف الحكمين لا يدل على ثبوت أعظمهما ، ثم لا نسلم أن الزنا لا يوجب تحريمًا مؤقتًا ؛ [لأن الزانية] [5] لا يحل وطؤها حتى تضع حملها أو تستبرئ بحيضة .

٢١٦٨٦ – ويبطل بوطء المولى ؛ لأنه لا يثبت تحريمًا مؤقتًا ، ويثبت تحريمًا مؤبدًا ، وكذلك الرضاع [6] يوجب تحريمًا مؤبدًا ، لا يتعلق به تحريم مؤقت .

٢١٦٨٧ – فإن قيل : على المولى يوجب تحريمًا مؤقتا وهو الاستبراء .

٢١٦٨٨ – قلنا : يجب لحدوث ملك المشتري في الرقبة وحصول الاستباحة سواء كان هناك وطئ من البائع [أو لم يكن] [7] .

٢١٦٨٩ – ولأنه وطئ تعلق به كفارة في شهر رمضان فتعلق به التحريم ، كوطء المولى ، والوطء بشبهة [8] .

٢١٦٩٠ – فإن قيل : المعنى في الأصل أنه يتعلق به العدة ، وثبوت النسب ، والمهر [9] .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٣) المعنى : أن وطئ الصغيرة أو المسنة أو الميتة ، أو وطئ الرجل ، كل ذلك لا يوجب التحريم بالمصاهرة ؛ لأن الوطء في كل ليس بمقصود . انظر : شرح فتح القدير (٢١٩/٣) .

(٤) أي : أن القياس على الوطء بنكاح غير صحيح ؛ لأن الوطء بنكاح يتعلق به تحريم مؤقت ، فجاز أن يتعلق به تحريم مؤبد . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء ، فلا يتعلق بالزنا ، كالتحريم المؤقت بالعدة » .

(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) الرضاع لغة : اسم لمص الثدى وشرب لبنه ، وشرعًا : مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع . انظر : التعريفات ص ٩٨ .

(٧) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٩) أي : قياس الوطء بالزنا على الوطء بنكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الوطء بنكاح يتعلق به عدة ، ويثبت به المهر والنسب . انظر : المهذب (٥٥/٢) .

٢١٦٩١ – قلنا : إذا وطئ المولى أمته المزوجة (١) ، لم يجب بوطئه عدة ولا مهر ولا يثبت فيه نسب ، وإن ثبت به التحريم .

٢١٦٩٢ – واعتبار المهر لا يصح ؛ لأن (٢) عند الشافعي إذا أكرهت المرأة على الزنا لم يثبت بوطئها التحريم بالمصاهرة ، ويجب به المهر ؛ لأن النكاح عقد يفسده الوطء باتفاق [إذا وطئ أم امرأته أو ابنتها بملك أو شبهة .

٢١٦٩٣ – وكل عقد يبطله الوطء] (٣) يستوى فيه الزنا والوطء بشبهة ، أصله : الإحرام [والصيام] (٤) .

٢١٦٩٤ – ولأن المقصود من النكاح الوطء ، وهذا لا ينعقد فيمن لا يحل وطؤها . والغرض في الأحكام أقوى من السبب فإذا كان العقد هو السبب الذي يتعلق به التحريم فلأن يتعلق بالغرض المقصود من الوطء أولى (٥) .

٢١٦٩٥ – فإن قيل : الوطء لا يمنع من تزويج أختها ، والعقد يمنع ذلك .

٢١٦٩٦ – قلنا : لأن العقد [يستدام والوطء لا يستدام] (٦) ، فنظرة العقد (٧) إذا زال لم يمنع بعد زواله ؛ لأنه تعلق به تحريم مؤبد فلا يعتبر في وقوع التحريم تقدم العقد عليه كالرضاع (٨) .

٢١٦٩٧ – احتجوا : بما روى نافع عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ أنه قال : « الحرام لا يحرم الحلال » (٩) .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) [الصلاة] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي ، يقول ابن الهمام : « وطئ الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام ، وتثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالًا أو حرامًا » اهـ . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .
(٥) المعنى : أن الغرض في الأحكام أقوى من السبب الذي هو العقد المتعلق به التحريم ، فتعلق التحريم بالغرض المقصود من الوطء أولى . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٨) انظر : المبسوط (٢٠٥/٤) .
(٩) أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لا يحرم الحرام الحلال حديث رقم ٢٠١٥ – والدارقطني في سننه ، كتاب النكاح (٢٦٨/٣) – والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال (١٦٨/٧) ، والحديث في إسناده عبد الله بن عمر العمري : وهو ضعيف ، إلا أنه قد عضد بما أخرجه =

٢١٦٩٨ – قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني ، عن إسحاق بن محمد الفروي [١] ، [عن نافع ، عن ابن عمر ، وإسحاق بن محمد الفروي] [٢] ذكره أبو عبد الرحمن النسائي [٣] في كتابه [٤] في الضعفاء ، وعبد اللّٰه بن عمر العمري [٥] ضعفه مخالفنا في روايته أن النبي ﷺ « ضرب للفارس سهمين » [٦] .

٢١٦٩٩ – ولو ثبت هذا الخبر كان متروك الظاهر [لعلمنا أن] [٧] الحرام أبدًا يحرم الحلال كالوطء بنكاح فاسد ، ووطء المتعة ، ووطء الرجل جارية ابنه التي [٨] تزوجها ، والنجاسة إذا اختلطت بالماء .

٢١٧٠٠ – وإذا سقط اعتبار العموم ، حمل على ما روي عن عطاء [٩] أنه قال :

= البخاري تعليقا عن ابن عباس ووصله البيهقي من طريق هشام بن عروة عن قتادة ، عن عكرمة ، عن ابن عباس بلفظ : في رجل غشى أم امرأته ، قال : تخطى حرمتين ، ولا تحرم عليه امرأته ، وإسناده صحيح ، وعضد أيضًا بما رواه عبد الرزاق من طريق الحارث بن عبد الرحمن قال سألت سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير عن الرجل يزني بالمرأة ، هل تحل له أمها ؟ ، فقالا : « لا يحرم الحرام الحلال » ، وعن معمر عن الزهري مثله ، وعضد أيضًا بما أخرجه البيهقي عن على قال « لا يحرم الحرام الحلال » ، وقال ابن عبد البر : « أجمع أهل الفتوى من الأمصار : على أنه لا يحرم على الزاني نكاح من زنى بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز » اهـ . انظر : فتح الباري (١٥٧/٩) .

(١) هو : إسحاق بن محمد بن إسماعيل بن عبد اللّٰه بن أبي فروة الفروى ، المدني مولاهم ، صدوق ، كف بصره فساء خلقه ، مات سنة ١٢٦هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائى ص ١٩ – الجمع بين رجال الصحيحين (٣٣/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) هو : أحمد بن شعيب النسائي ، أبو عبد الرحمن ، صاحب السنن ، وأحد الأئمة البارزين في الحديث ، طاف البلاد ، وسمع الكثير من العلماء ، قال الذهبي : هو أحفظ من مسلم بن الحجاج ، مات شهيدًا سنة ٣٠٣هـ ، وكان مولده سنة ٢١٥هـ . انظر : البداية والنهاية (١٢٣/١١) ، تهذيب التهذيب (٣٦/١) ، العبر (١٢٣/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) هو : عبد اللّٰه بن عمر العمري ، مدني ، قرشي ، ضعفه يحيى بن سعيد ، وذكره البخاري في الضعفاء . انظر : الميزان (٤٦٥/٢) – والضعفاء الصغير للبخاري ص ١٣٣ .

(٦) الحديث عن أبي رهم قال : « غزونا مع رسول اللّٰه ﷺ أنا وأخي ومعنا فرسان فأعطانا ستة أسهم أربعة أسهم لفرسينا وسهمين لنا » في نيل الأوطار ، كتاب الجهاد والسير ، باب الإسهام للفارس والراجل (١١٦/٨) ثم قال الشوكانى : « في إسناده إسحاق بن أبي فروة ، وهو متروك » اهـ .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] ، ولا وجه له .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع)

(٩) هو : عطاء بن أبي رباح الجندى ، يكنى أبا محمد ، اليماني ، التابعي ، أحد الفقهاء والأئمة ، ثقة وعالم=

« إنما أراد به الرجل يزنى بالمرأة ثم يتزوجها فقال : لا يحرم بالوطء بالزنا [١] العقد الحلال [٢] .

٢١٧٠١ – ولأنه ﷺ إن صح هذا الخبر عنه فإنما منع أن يكون التحريم للعقد تحريم الوطء وعندنا ليس الحرام هو المحرم وإنما المحرم معنى آخر يوجد في الوطء المباح والمحظور وهو كونه وطئًا مقصودًا فعلى هذا قد قلنا بالظاهر [٣] .

٢١٧٠٢ – وذكر الدارقطني [٤] : أيضًا حديث عثمان بن عبد الرحمن [٥] ، عن الزهري [٦] عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « الحرام لا يفسد الحلال » [٧] وهذا عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي ساقط الحديث لا يجوز الاحتجاج بروايته ، قال يحيى بن معين [٨] : الوقاصي ليس بشيء [٩] . ولو ثبت كان الجواب عنه كالأول [١٠] . وذكر أيضًا حديث عثمان الوقاصي ، عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ سئل عن الرجل يتبع المرأة حرامًا ثم ينكح ابنتها أو يتبع البنت

= كثير الحديث ، مات بمكة سنة ١١٤هـ . انظر : حلية الأولياء (٣١٠/٣) ، البداية والنهاية (٣٤٣/٩) ، طبقات الحفاظ ٣٩ ، طبقات فقهاء اليمن ص ٥٨ .

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قول عطاء في : أحكام القرآن للجصاص (١١٣/٢) .

(٣) أي : أننا لو سلمنا صحة قوله ﷺ « الحرام لا يحرم الحلال » كان هذا الخبر متروك الظاهر ، لكون الحرام يحرم الحلال تجرى مؤيدة ، كوطء الأمة المشتركة ، وجارية الابن والوطء بنكاح فاسد ، فكل هذا وطئ حرام وتثبت به حرمة المصاهرة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظير لكونه حلالًا أو حرامًا . بدليل أنه لو بال شخص في ماء قليل مملوك له أو صب عليه خمرا ، لم يكن الفعل حرامًا مع أن الماء يحرم استعماله ، فوجب كون المراد أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حرامًا . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٠/٣) .

(٤) سبقت الترجمة .

(٥) هو : عثمان بن عبد الرحمن القرشي الزهري الوقاصي المالكي ، قال ابن معين : ليس بشيء ، وقال النسائي والدارقطني : متروك . انظر : الضعفاء الصغير للبخاري ص ١٦٤ ، الميزان (٤٣/٣) .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) أخرجه ابن ماجه من طريق ابن عمر ، كتاب النكاح حديث رقم ٢٠١٥ ، والدارقطني من طريق عائشة (٢٦٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٧) .

(٨) سبقت ترجمته .

(٩) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٩٨/٢) .

(١٠) أي : لو ثبت هذا الخبر المروى عن عائشة ، كان متروك الظاهر كما سبق في الجواب عن الخبر المروى عن ابن عمر في الصفحة السابقة من نفس الرسالة . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

ثم ينكح أمها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال » (١) .

٢١٧٠٣ - وذكر هذا الإسناد أيضًا أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنا بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح » (٢) .

٢١٧٠٤ - وعجب للدارقطني في استحلاله إيراد مثل هذه الأخبار وهو أعلم الناس بها وإمساكه عن بيان طرقها وطعنه في كتابه على أئمة المسلمين إذا روى عنهم ما يخالف ، وقد عدد أصحاب الحديث ما أنكروه على (٣) الوقاصي فذكروا فيه رواية عن الزهري ، عن عروة عن عائشة هذا الحديث مع أخبار موضوعة حكوها عنه ، وكيف تكون هذه الأخبار عند الزهري ولم يروها عنه ثقات أصحابه ، ثم الخبر الأول ذكر فيه الاتباع وذلك عبارة عن المراودة والتماس الفجور ، ولا يعبر به عن موافقة الفعل ، ومجرد الاتباع لا يتعلق به تحريم عندنا . فأما الخبر الآخر الذي أسقطوا الوقاصي بروايته مع أخبار ذكروها له ، فلا يحل تأويلها ولا يسوغ البناء على مثله ، وقد تكلف بعض أصحابنا وتأوله فقال : قوله : « لا يحرم الحلال » يعنى أن المعنى الموجب للتحريم ليس هو الزنا وكذلك نقول ؛ لأن العلة لو كانت الزنا لم يحرم الوطء الذي ليس بزنا وقوله : « إنما يحرم ما كان (٤) بنكاح » معناه ما كان بوطء ؛ لأن النكاح اسم للوطء . فبين أن مجرد الوطء فيها هو المحرم لا ما ينضم إليه من الصفة في التحليل والتحريم ، ولا يجوز أن يكون المراد بالنكاح العقد ولا الوطء بالعقد ؛ لأن قوله : « إنما نهى إلى سواه » ولا خلاف أن الوطء بغير نكاح المحرم . فكيف يقول ﷺ : « إنما يحرم ما كان بنكاح » والتحريم لا يختص بذلك بإجماع (٥) .

٢١٧٠٥ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ﴾ (٦) .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٧/٣ ، ٢٦٨) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب النكاح ، باب في المهر (٢٦٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٧) ، وتفرد به عثمان الوقاصي وهو ضعيف . والصحيح عن الزهري عن علي بن أبي طالب مرسلا موقوفا عنه .

(٣) في (م) : [عن] ، ولا وجه له . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر هذه الردود في أحكام القرآن للجصاص (١١٥/٢) ، شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) . وقال الجصاص : « هذه الأخبار باطلة عند أهل المعرفة ورواتها غير مرضيين » اهـ . ولكن نجيب عن ذلك ، فنقول : هذه الأخبار ليست باطلة لأنها عضدت بالكثير من الأدلة التي تقويها ، فانظر إليها إن شئت ص ٢٧٦ ، ٢٧٩ من الرسالة وفي فتح الباري ١٥٧/٩ . (٦) سورة الفرقان : الآية ٥٤ .

٢١٧٠٦ – قالوا : والزنا لا يكون سببًا فيما يمن اللَّه تعالى به على عباده [(١)] .

٢١٧٠٧ – قلنا : فقد من اللَّه تعالى به على عباده بالنسب ولا خلاف أنه يثبت بالزنا لأن نسب ولد الزنا ثبت من أمه ومن أتاها [(٢)] وكذلك الزنا [(٣)] يثبت تحريم المصاهرة بإجماع [(٤)] ؛ لأن من زنا بامرأة فأولدها بنتا فتزوجت الزاني حرم على الزوج بنتها من الزنا ، وإذا جاز أن يثبت تحريم المصاهرة بسبب الزنا من جهة المرأة فكذلك من جهة الواطئ [(٥)] .

٢١٧٠٨ – ولأن الامتنان إنما هو بخلقه سبحانه من الماء بشرًا ، ووصف ذلك البشر أنه يكون منه النسب والصهر ، فلا يمنع الامتنان أن يكون الصهر بسبب محظور كما أنه يكون بوطء في متعة ، ونكاح فاسد ، ووطء الأمة المجوسية ، والأمة المزوجة [(٦)] .

٢١٧٠٩ – قالوا : وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، فوجب ألا يتعلق به تحريم المصاهرة ، أصله : وطئ الصغيرة التي لا تشتهى والميتة [(٧)] .

٢١٧١٠ – [قلنا : يبطل بمن وطئ زوجته في الموضع المكروه وهو وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، ويتعلق به التحريم باتفاق . والمعنى في وطئ الصغيرة والميتة] [(٨)] أنه وطئ غير مقصود ؛ بدلالة أن فرج الصغيرة التي لا تشتهى ليس بمحل للوطء ، ولهذا يجوز للأجنبي النظر إليها ، ولو وطئها في فرجها بملك لم يحرم عليه أمها وبنتها ، وكذلك الميتة ليست بمحل للوطء ، وإنما يفعل فيها الإيلاج على طريقة المجانة

---

(١) انظر : الأم (١٥٤/٥) .

(٢) ولد الزنا مهدر النسب ، يقول الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الأم : فلم يثبت رسول اللَّه ﷺ ولا أحد من أهل الدنيا بالزنا نسبًا ولا صهرًا وحرما أثبتها بالنكاح » . انظر : الأم (١٥٥/٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) دعوى الإجماع هنا محل تعليق ؛ لأن ابن عبد البر رحمه الله قال : أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنا بها ، فنكاح أمها وبنتها أجوز » اهـ . ذكر ذلك الإمام الحافظ ابن حجر رحمه الله في كتابه فتح الباري (١٥٧/٩) .

(٥) هذا عند الأحناف منقوض بما نقل عن ابن عبد البر ونقلته عنه في الفقرة السابقة رقم (١) من نفس الصفحة ، وهذا الخلاف محله المسألة رقم ٣٦ .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٧) أي : أن الزنا وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، فلا يتعلق به تحريم ، قياسًا على وطئ الصغيرة التي لا تشتهى والميتة ؛ لأن وطأها غير مقصود . انظر : الأم (٦٥٤/٥) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

والسخافة[1] ؛ فهو كالإيلاج في الطين ، وكاستدخال المرأة/ ذكر الميت أو الذكر ٢٤٣/أ المقطوع ، فلا يتعلق به حل [ولا تحريم ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه وطئ مقصود في موطوءة] [2] .

٢١٧١١ – [قالوا : قولكم] [3] : وطئ مقصود لا معنى له ؛ لأن وطئ العجوز الشوهاء ليس بمقصود والتحريم يتعلق به [4] .

٢١٧١٢ – قلنا : ذلك مقصود ؛ لأن الشوهاء يقصدها أمثالها فلما كان مقصودًا [طلبًا للوطء واللذة تعلق به التحريم في حق من لا يقصده] [5] .

٢١٧١٣ – قالوا : وطئ لا يتعلق به تحريم مؤقت فلا يتعلق به تحريم مؤبد ، كوطء الصغيرة ، وكاللمس بغير شهوة [6] .

٢١٧١٤ – قلنا : يبطل بوطء المولى ، لا يتعلق به تحريم مؤقت ويتعلق به تحريم مؤبد [7] .

٢١٧١٥ – فإن قالوا : يتعلق بوطء المولى الاستبراء .

٢١٧١٦ – قلنا : ذاك لا يتعلق بوطئه ، وإنما يجب لحدوث ملك المشتري في الرقبة والاستباحة ، بدلالة أنه لو اشترى بكرًا وجب عليه استبراؤها [8] على أنهم إن قالوا : إن الاستبراء تحريم مؤقت لم نسلم الوصف ؛ لأن الزنا يتعلق به تحريم مؤقت عندنا ؛ لأن الزانية لاتوطأ بالنكاح حتى تستبرأ أو تضع حملها [9] ثم لا يمتنع أن يتعلق بالفعل تحريم

---

(١) المجانة : هي ألا يبالي الإنسان بما يقع ، والسخافة : من السخف : هي رقة العقل انظر : مختار الصحاح مادة (سخف) ، و (مجن) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « وطئ المريضة المدنفة لا يقصد ، ثم يوجب التحريم ، فلا يؤثر الوصف » اهـ . والمدنفة : هي المرأة المريضة مرضًا ملازمًا . راجع القاموس المحيط مادة (دنف) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه معنى لا تصير به المرأة فراشا ، فلم يتعلق به تحريم المصاهرة ، كالقبلة بغير شهوة » اهـ .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠٤/٤) .

(٨) المعنى : أن الاستبراء لم يجب للوطء فقط ، وإنما وجب لحدوث ملك الرقبة وحل الاستباحة كذلك ، بدلالة أنه لو اشترى بكرًا وجب عليه الاستبراء ، وإن لم يكن هناك وطئ . انظر : شرح فتح القدير (٢١٣/٣) .

(٩) أي : أنه إذا تزوج امرأة حبلى من الزنا جاز النكاح ، ولكن لا يطؤها حتى تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف ﷺ : النكاح فاسد . واستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله على صحة النكاح بأن الزانية ليست من المحرمات بالنص ، فتدخل في قوله ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾=

مؤبد ولا يتعلق به تحريم مؤقت ، كالعقد على المرأة تحرم أمها ، ولا يوجب نفس العقد عدة ، والرضاع يتعلق به تحريم مؤبد ولا يتعلق به تحريم مؤقت ، والمعنى في اللمس بغير شهوة : أنه استمتاع غير مقصود فلم يتعلق به التحريم كالنظرة .

٢١٧١٧ – قالوا : كل حكم تعلق بالنكاح لم يتعلق بمحض الزنا في الجنس كوجوب المهر ، وأما التحريم فهو حق الله تعالى يتعلق بالوطء ، فيتعلق بالحلال والحرام كوجوب الغسل وفساد العبادات .

٢١٧١٨ – قالوا : التحريم يتعلق بالوطء والعقد ، ثم العقد الحرام لا يتعلق به التحريم كذلك الوطء الحرام [١] .

٢١٧١٩ – قلنا : العقد إذا لم يتمحض تحريمه والوطء إذا دخلته شبهة فلم يتمحض تحريمه ؛ تعلق به التحريم ، كذلك إذا لم تدخله شبهة تعلق به التحريم [٢] .

٢١٧٢٠ – قالوا : تحريم نكاح يتعلق بالوطء الصحيح ، فوجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، أصله : تحريم العدة [٣] .

٢١٧٢١ – قلنا : إذا زفت إليه غير امرأته وهي عالمة ففعلها عندكم زنا ، ويتعلق به الجلد ، فإن أوجبت العدة ، فقد بطل قولك : إن التحريم بالعدة لا يتعلق بالزنا الصريح ، وإن لم توجب العدة ؛ فلا يخلو إما أن يثبت التحريم من الحيثيتين ، أو من حيثية الزوج خاصة .

٢١٧٢٢ – فإن قلت : ثبت التحريم من الحيثيتين فقد أوجبت التحريم بصريح الزنا ؛

= واستدل أبو يوسف ﷺ بأن فساد العقد ، لحرمة الحمل ؛ لأنه محرم لا جناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه . هذا إذا كان الحمل غير ثابت النسب ، أما إذا كان ثابت النسب ؛ فالنكاح باطل بالإجماع ، بدليل قوله ﷺ : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » . رواه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٤١ ، ٢٤٢) .

(١) أي : أن الزنا وطئ لا يتعلق به حكم من أحكام النكاح الصحيح ، كوجوب المهر ، ووجوب العدة ، وثبوت الميراث والنسب ، فلم يوجب التحريم بالمصاهرة ، هذا بالإضافة إلى أن التحريم حق الله تعالى فيتعلق بالعقد الحرام والوطء الحرام ، فإذا كان العقد الحرام لا يتعلق به تحريم ؛ فكذلك الوطء الحرام . انظر : المهذب (٢/٥٥) .

(٢) أي : أن العقد والوطء إذا لم يظهر تحريمهما لدخول الشبهة تعلق بهما التحريم ؛ لأن الأصل في الأبضاع الحرمة والإباحة بدليل ، فكذلك الوطء إذا لم تدخله شبهة تعلق به التحريم . انظر : المبسوط (٤/٢٠٥) .

(٣) أي : أن التحريم بالمصاهرة تحريم نكاح يتعلق بسبب الوطء الصحيح ، فيجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، قياسًا على عدم ثبوت العدة بالوطء بالزنا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء فلا يتعلق بالزنا ، كالتحريم المؤقت بالعدة » .

فقد بطل كلامك ، ولا يجوز أن توجبه من جهة الزوج خاصة ؛ لأن هذا محال أن يتعلق به الوطء تحريم من أحد جانبيه ، وإذا لم يثبت التحريم فلا معنى لقولك : وجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، وإن ثبت به وهو لا يتعلق عندك بوطء الرجل [١] وليس بصريح الزنا ، والمعنى في تحريم العدة : أنه حق الزوج ، فلو وجبت عليها لوجب المهر لها في مقابلته ، وقد ثبتت العقوبة المنافية للمهر ، وفي مسألتنا التحريم حق اللّٰه تعالى فيتعلق بالوطء المباح والمحظور كما ذكرنا [٢] . وربما قالوا : وطئ لا يتعلق به ثبوت النسب [٣] ، وهذا يبطل بوطء الزوجة في الموضع المكروه ، ويقولون لا يتعلق به مهر ويبطل بوطء المولى ؛ ولأن هذه الأحكام انتفت عن الزنا على طريق التغليظ وسقوط [٤] [التحريم ليس بتغليظ عندنا عليه ، فيجب أن يثبت التحريم أيضًا على طريق التغليظ] [٥] .

٢١٧٢٣ - قالوا : لو حبلت الزانية فارتضع بلبنها صبية لا تحرم على الزاني [٦] .

٢١٧٢٤ - قلنا : لا نسلم [٧] .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) والمعنى : أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حرامًا أم حلالًا ، فإذا وجد الوطء المقصود حصلت الحرمة بالمصاهرة . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٢٠) .

(٣) انظر : الإشراف لابن المنذر (٤/١٠١) . (٤) ساقطة من (ن ، ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) أي : أن الزانية إذا حملت من الزاني وأنجبت منه بنتًا ؛ فهذه البنت لا تحرم عليه ، فمن باب أولى لا تحرم أمها .

(٧) ولماذا لا نسلم ، وقد قال ابن عبد البر رحمه الله : « أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني نكاح من زنا بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز » راجع فتح الباري (٩/١٥٧) وقال الشافعي رحمه الله : « لم يثبت عن رسول اللّٰه ﷺ ولا أحد من أهل الدين بالزنا نسبًا ولا صهرًا ولا حرمًا أثبتها بالنكاح » . انظر : الأم (٥/١٥٥) .

المباشرة فيما دون الفرج يتعلق بها التحريم

٢١٧٢٥ - قال أصحابنا : إذا لمس امرأة بشهوة ، أو قبلها ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ، حرمت عليه أمها [(١)] وبنتها [(٢)] .

٢١٧٢٦ - وقال الشافعي : في اختلاف ابن أبي ليلى [(٣)] : إذا لمس الرجل الجارية ؛ حرمت على أبيه وابنه ، ولا يحرم عليهم النظر ، ولم ينص على خلاف ذلك .

٢١٧٢٧ - وقال أصحابه : له قول آخر : إن المباشرة دون الجماع لا يتعلق بها التحريم [(٤)] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٦٠/٢) ، المبسوط (٢٠٨/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٣/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٣) ، البحر الرائق (٩٨/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٨٠/٣) ، الاختيار (١٨/٣) . ويقول صاحب الاختيار : « والزنا يوجب حرمة المصاهرة ، وكذا المس بشهوة من الجانبين ، والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضًا ، وحكى الطحاوي إجماع السلف على أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة » .

(٣) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، يكنى أبا عبد الرحمن الكوفي ، الفقيه ، قاضي الكوفة ، اختلف في حفظه ، مات سنة (١٤٨هـ) انظر : طبقات الحفاظ ص٧٤ ، تذكرة الحفاظ (١٧١/١) .

(٤) انظر : المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢١٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٧٨/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٧٥/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٩٦/٤) . يقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة ، فقال في أحد القولين : هي كالوطء في التحريم ؛ لأنها مباشرة لا تستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء ، والثاني : لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ؛ لأنها مباشرة لا توجب العدة ، فيما يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة » اهـ . المهذب (٥٥/٢) . ويرى المالكية : أن القبلة واللمس للذة ، كالوطء في باب تحريم الربية ، وكل من يحرم بالصهر ، والنظر عندهم كاللمس . انظر : بداية المجتهد (٣٦/٢) . وللحنابلة روايتان : أظهرهما : ثبوت التحريم ، والأخرى : عدم ثبوته . انظر : المغني (٨٥٠/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) . وسبب اختلاف الفقهاء على النحو السابق هو المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى : ﴿ ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾ هل هو الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان الوطء ؟ فإن كان التلذذ ، فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ . انظر : بداية المجتهد (٣٦/٢) .

٢١٧٢٨ - لنا : ما روى ابن شجاع [١] ، عن يحيى بن آدم [٢] ، عن جرير الضبي [٣] ، عن حجاج بن أرطاة [٤] ، عن أبي هانئ قال : قال رسول الله ﷺ : « من نظر إلى فرج امرأة ، لم تحل له أمها وبنتها » .

٢١٧٢٩ - وروى عبد الله بن مسعود ، عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فلولا أن النظر إلى الفرج يحرم لجاز أن يزيل ملكه عن الأم ثم ينظر إلى فرج البنت [٥] .

٢١٧٣٠ - فإن قيل : روي موقوفًا عن ابن مسعود .

٢١٧٣١ - قلنا : لا يمتنع أن يرويه ويفتي به .

٢١٧٣٢ - قالوا : رواه ليث عن حماد عن علقمة عن عبد الله ، قال الدارقطني : ليث وعلقمة ضعيفان .

٢١٧٣٣ - قلنا : يجب أن يبين وجه الضعف لتنظر فيه ، ويدل عليه إجماع الصحابة .

٢١٧٣٤ - روي عن عمر أنه جرد جارية وخلى بها فاستوهبها منه ابنه ، فقال له : إنها لا تحل لك .

٢١٧٣٥ - وعن ابن عمر أنه قال : أيما رجل جرد جارية فنظر إليها ؛ فإنها لا تحل لابنه . [٦]

---

(١) هو : الوليد بن شجاع بن أبي بدر السكوتي ، يكنى أبا همام ، قال ابن معين : لا بأس به ، وقال أحمد : كتبوا عنه ، مات سنة ٢٤٣هـ ، انظر : التاريخ الصغير للإمام البخاري (٣٤٨/٢) ، الميزان (٣٣٩/٤) .

(٢) هو يحيى بن آدم بن سليمان ، يكنى أبا زكريا مولاهم ، الكوفي ، الحافظ ، صاحب التصانيف ، وثقة ابن معين والنسائي ، مات سنة ٢٠٣هـ ، انظر : التاريخ الصغير للبخاري (٢٧١/٢) ، طبقات الحفاظ (ص ١٥٢) .

(٣) هو : جرير بن عبد الحميد ، يكنى أبا عبد الله الضبي الرازي ، عالم أهل الري قال أبو حاتم : صدوق تغير قبل موته وحجبه أولاده ويحتج به ، وقال أحمد : لم يكن بالذاكر في الحديث ، مات سنة ١٨٢هـ ، انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٦ ، التاريخ الكبير للبخاري (٢١٤/٢) .

(٤) هو : حجاج بن أرطاة النخعي الكوفي ، ضعيف ، قال الدارقطني : لا يحتج به ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وقال أبو حاتم الرازي : يدلس عن الضعفاء ، وقال ابن عدي : عابوا عليه تدليسه عن الزهري وغيره . انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (١٩١/١) ، الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٢٣/٢) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٤/٣) .

(٦) الأثر : أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح (١٦٤/٤) موقوفًا علي ابن عمر ، وعبد الرزاق في مصنفه : كتاب النكاح (٢٧٨/٦) مرفوعًا ، وكلاهما من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه .

وهذه المسألة باتفاق بين السلف والفقهاء في التحريم بالقبلة [١] ، فلم يجد المخالف لنفسه قائلًا سبقه بهذا القول ؛ لأنا قد بينا قول الصحابة [٢] . وذكر الطحاوي عن عامر بن ربيعة [٣] وله سماع من النبي ﷺ مثل قولنا [٤] وكذلك عن مسروق [٥] ، وإبراهيم [٦] ، والقاسم [٧] ، ومجاهد [٨] ، وهو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف وزفر [٩] ، ومحمد بن الحسن ، والحسن بن زياد [١٠] ، وقال مالك : القبلة واللمس والنظر إلى المحاسن كلها متلذذًا بها تحرم عليه بنتها [١١] .

٢١٧٣٦ – وقال الثوري : يحرم اللمس والنظر إلى الفرج خاصة [١٢] .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٢١/٢) .

(٢) انظر : الاختيار (١٨/٣) .

(٣) هو : عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك العنزي ، حليف آل الخطاب العدوي ، أسلم قبل عمر بن الخطاب ، وهاجر الهجرتين الأولى إلى الحبشة ، والثانية إلى المدينة ، توفي بعد مقتل عثمان بن عفان ﷺ بأيام ، انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٤٩/٢) .

(٤) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٦٤/٤) ، مصنف عبد الرزاق (٢٧٩/٦) .

(٥) هو مسروق بن الأجدع الهمداني ، أبو عائشة الكوفي ، قال الشعبي : ما علمت أحدًا أكثر طلبًا للعلم منه ، مات سنة (٦٠هـ) ، وقيل : (٦٣هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ص ١٤ ، طبقات ابن سعد (٥٠/٦) ، العبر (٦٨/١) .

(٦) هو : إبراهيم النخعي بن يزيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران ، فقيه أهل الكوفة ومفتيها هو والشعبي في زمانهما ، قال الأعمش : كان صوفيًا في الحديث ، مات سنة (٩٦هـ) . انظر : خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٠ ، تذكرة الحفاظ (٧٣/١) .

(٧) هو : القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، أبو محمد ، أفضل أهل زمانه علمًا وأدبًا وفقهًا ، مات سنة (١٠٢هـ) وقيل : (١٠٦هـ) ، وقيل (١٠٧هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٦٥ ، تهذيب التهذيب (٣٣٣/٨) .

(٨) هو مجاهد بن جبر المكي المخزومي ، أبو الحجاج ، مولاهم ، التابعي ، إمام في الفقه ، والتفسير ، والحديث ، توفي بمكة سنة (١٠١هـ) وهو ساجد . انظر : تهذيب التهذيب (٤٢/١٠) ، تذكرة الحفاظ (٩٢/١) .

(٩) هو : الإمام القاضي زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العنبري البصري ، كان ممن جمع بين العلم والعبادة ، يكنى أبا الهذيل ، وهو أبرع أصحاب أبي حنيفة في القياس ، توفي بالبصرة سنة (١٥٨هـ) انظر : تاج التراجم ص ٢٨ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٥ .

(١٠) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، يكنى أبا عبد الله ، واللؤلؤي نسبة لمن يبيع اللؤلؤ ، مات سنة (٢٠٤هـ) . انظر : الفوائد البهية ص ٦٠ ، تاريخ بغداد (٣١٤/٧) . وانظر قول هؤلاء الفقهاء في كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٣٨٠/٣) ، ومصنف ابن أبي شيبة (١٦٤/٤ ، ١٦٥) .

(١١) انظر : بداية المجتهد (٣٣/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٠/٢) .

(١٢) انظر قوله في : أحكام القرآن للجصاص (١٢١/٢) ، الإشراف لابن المنذر (٩٥/٤) .

٢١٧٣٧ - وقال الأوزاعي [1] : المباشرة تحرم ، وكذلك قال الليث [2] ، والخلاف في هذه المسألة على الإجماع لا يعتد به ولا يلتفت إليه ؛ ولأنه استمتاع لا يبيحه إلا النكاح أوملك اليمين فيؤثر في إيجاب كفارة الإحرام فيتعلق به التحريم كالوطء [3] ، ولا يلزم النظر إلى محاسنها ؛ لأنه لا يؤثر في إيجاب كفارة الإحرام .

٢١٧٣٨ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم في الكفارة ؛ لأن النظر إلى الفرج لا يوجب الكفارة ويتعلق به التحريم .

٢١٧٣٩ - قلنا : الاستمتاع المؤثر في الكفارة يحرم عندنا ، وما يؤثر في الكفارة ينقسم ، فمنه ما يحرم ، ومنه مالا يحرم ، فالتخصيص له فائدة صحيحة [4] .

٢١٧٤٠ - فإن قيل : المعنى في الوطء أنه يوجب الغسل [واللمس بخلافه .

٢١٧٤١ - قلنا : العقد يتعلق به التحريم ، وليس له تأثير في إيجاب الغسل] [5] .

٢١٧٤٢ - وقولهم : إن ما دون الوطء لا يعتبر بالوطء ، بدلالة أنه يفسد العبادات لا يصح ؛ لأن اللمس عندهم يفسد الاعتكاف كما يفسده الوطء وإن اختلفا في التحريم ؛ ولأنه إن خالف الوطء في إفساد الحج ساواه في إيجاب الكفارة ؛ ولأن الوطء فيما دون الفرج وطئ مقصود كالوطء في الفرج والموضع المكروه ، ولأن النظر أحد نوعي الاستمتاع ؛ فكان فيه ما يتعلق به التحريم ، أصله : المباشرة [6] .

---

(١) هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد بن عمرو الأوزاعي ، يكنى أبا عمرو ، إمام أهل الشام ، وصاحب المذهب المشهور الذي ينسب إليه الأوزاعية قديمًا ، كان رأسًا في العلم والعمل ، كثير المناقب ، مات مرابطًا ببيروت سنة (١٥٨هـ) . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص٧٦ ، حلية الأولياء (١٣٦/٦) ، العبر (٢٢٧/١) .

(٢) انظر قولهما في بداية المجتهد (٣٦/٢) ، والليث : هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، يكنى أبا الحارث ، المصري أحد الأعلام ، فقيه يحسن القرآن والنحو ويحفظ الحديث والشعر ، روى عن الزهري ، وعطاء ، ونافع وغيرهم ، وروى عنه ابنه شعيب ، وكاتبه أبو صالح وابن المبارك ، وغيرهم ، قال يعقوب بن شيبة : ثقة ، وفي حديثه عن الزهري بعض الاضطراب ، مات سنة (١٧٥هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ص٩٥ ، تاريخ بغداد (٢٣/١٣) ، صبح الأعشى للقلقشندي (٣٩٩/٣) .

(٣) أي : أن اللمس والنظر سبب يدعو إلى الوطء ، والسبب الداعي إلى الشيء يقوم مقامه من باب الاحتياط في صيانة الأبضاع ، فيفسد الإحرام ويوجب الدم ، كالوطء من باب الاحتياط . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٣/٣) .

(٤) انظر : شرح العناية على الهداية (٢٢٣/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) المعنى : أن اللمس والنظر بشهوة إن خالف الوطء في أنه لا يفسد الحج ، والوطء يفسده ؛ فإنه يساوي=

٢١٧٤٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ (١) . ووجه الدلالة من الآية : هو أن اللمس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهذا لايتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ، ووجوب الاغتسال ، فلا يلحقان بالوطء (٢) .

٢١٧٤٤ - قلنا : قوله : ﴿ دَخَلۡتُم ﴾ لا يتعدى بنفسه وإنما يتعدى بالباء ، فحقيقته تقتضي أن يدخل بالمرأة مكانًا وهذا غير مراد ، فالآية مجاز (٣) .

٢١٧٤٥ - قالوا : لو اجتمع أن الوطء مراد بها .

٢١٧٤٦ - قلنا : عندنا المراد بها الوطء وغيره فإن تعلقوا بالظاهر لم يصح فإن اعتبروا الجماعة لم نسلم أن اللفظ يخص الوطء فلم يتناول الاستمتاع .

٢١٧٤٧ - قالوا : استمتاع لا يوجب الغسل فلا يوجب تحريم المصاهرة ، أصله : إذا نظر إلى وجهها بشهوة .

٢١٧٤٨ - قلنا : قد يوجب تحريم ما لا يتعلق به الغسل كالعقد والرضاع ، والمعنى في النظر إلى غير الفرج أنه استمتاع من غير مباشرة فقصد لنفسه ، ألا ترى أن الفرج لا ينظر إليه بجسمه وإنما ينظر إليه للجماع فجرى مجرى الإيلاج في التحريم ؟ أو نقول : إن النظر إلى الوجه يستباح من غير ضرورة ولا ملك ؛ لأنه يجوز لمن أراد التزويج .

٢١٧٤٩ - والشاهد : والنظر إلى الفرج لا يستباح إلا بملك أو ضرورة ولذلك تعلق به التحريم .

* * *

=الوطء في وجوب الدم ، ولأن النظر واللمس أحد نوعي الاستمتاع ، فتعلق به التحريم ، قياسًا على الوطء ؛ لأن السبب الداعي إلى شيء يقوم مقامه احتياطًا . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٣/٣) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .
(٢) انظر : المهذب (٥٥/٢) .
(٣) انظر : أحكام القرآن (١٢٢/٣) .

مسألة ١٠٥٦

نكاح الحر للأمة المسلمة

٢١٧٥٠ – قال أصحابنا : يجوز تزويج الأمة مع وجود المال الذي تتزوج به الحرة [١] .

٢١٧٥١ – وقال الشافعي : لا يجوز تزويج [٢] الأمة إلا بشرطين : عدم الطول ، وخوف العنت وهو الزنا ، وإذا قدر على تزويج الكافرة ؛ فالصحيح أنه لا يجوز تزويج الأمة . وقال المروزي : يجوز [٣] .

٢١٧٥٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ ﴾ [٤] وهذا يدل على أن القادر على نكاح الحرة الكافرة يتزوج الأمة خير له منها .

٢١٧٥٣ – فإن قيل : المشركة اسم للوثنية [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١٠٨/٥) ، بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) ، أحكام القرآن للجصاص (١٥٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٨/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٣٥/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، الحجة (٣٣٧/٣) ، ويقول صاحب مجمع الأنهر : وصح نكاح الأمة المسلمة والكتابية للحر المسلم إذا لم تكن تحته حرة لإطلاق قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [سورة النساء آية ٢٤] ولو كان مع طول الحرة اهـ . راجع : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأثبتناها من كتب الشافعية .

(٣) انظر قول الشافعية في : (٩/٥ ، ١٥٧) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٨٤/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٨/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٩/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١١٩/٤) يقول الإمام النووي في متن المنهاج : « ولا الحر أمة غيره إلا بشروط : ألا يكون تحته حرة تصلح للاستمتاع ، وأن يخاف الزنا » اهـ . انظر : مغني المحتاج (١٨٣/٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥) . وأما المالكية والحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « لا يجوز للحر نكاح الأمة إلا لعدم الطول وخشية العنت ، والطول صداق الحرة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ويقول ابن قدامة : « يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت ، وهذا قول عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافًا فيه » . اهـ ، انظر المغني (٥٩٦/٦ ، ٥٩٧) . وسبب الخلاف : هو معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ [سورة النساء آية : ٢٥] لعموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ ﴾ [سورة النور آية : ٣١] انظر : بداية المجتهد (٤٥/٢ ، ٤٦) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

(٥) المعنى : أن لفظ المشركة في الآية يراد به الوثنية التي تعبد الأصنام من دون الله . انظر : فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية في علم التفسير (٢٢٤/١) .

٢١٧٥٤ – قلنا : لا يقال في الناكحين أحدهما خير لكم من الآخر ، ويجوز لكل واحد منهما ، فإذا لم يجز أحدهما ؛ لم يقع التفضيل بينهما ، ولأنه غير مالك لفراش حرة ، ولا لما هو في حكم الفراش ؛ فجاز أن يتزوج أمة ، أصله : الفقير . أو نقول : ليس في حبسه حرة ؛ فجاز له تزويج أمة كالفقير ، ولا يلزم المرتد ؛ لأنه لا يجوز له التزويج مع الفقر ، فقد استوى الأصل والفرع ، وإن شئت احترزت فقلت : ليس في حبسه حرة ، فإذا جاز له التزويج ، جاز له تزويج الأمة ، ولا يلزم من تحته أربع حرائر ؛ لأنا قلنا : فإذًا له التزويج ، ولا يقال : لا تأثير لقولكم : ليس في حبسه حرة ولا يملك فراش حرة [1] . / ٢٤٣/ب

٢١٧٥٥ – قلنا : التعليل لجواز تزويج الأمة ، ومن جمع بين حرة وأمة في عقد ، ففي حال عقده يجوز تزويجه للأمة إذا كان وكل من يزوجه بها ، وإذا كان كذلك فإنما لا يجوز أن يجمعها في العقد مع الحرة ؛ لأن من شرط نكاحها ألا يجوز أن يجمعها في العقد مع حرة ، وليس التعليل لأحوال النكاح للأمة [2] .

٢١٧٥٦ – قالوا : المعنى في العاجز : أنه يخاف العنت . وليس كذلك القادر ؛ لأنه لا يخاف العنت [3] .

٢١٧٥٧ – قلنا : علة الأصل تبطل بمن تحته حرة ، وهو لا يتحصن بها إلا مع الأمة وتدعوه نفسه إن لم يتزوجها إلى الزنا بها ، وعلة الفرع تبطل بمن معه ثمن أمة وهو لا يبلغ طول الحرة ، فإنه يجوز له تزويج أمة ، وإن كان تعذر أن يبتاع أمة فيتحصن بها ويأمن العنت ، ولأن كل امرأة جاز له أن يتزوجها لم يقف جواز نكاحها على عدم ما

---

(١) المعنى : أن الحر إذا استطاب نكاح الأمة جاز له ذلك ؛ لأن الأمة من جملة المحلات كالحرة ، فيكون نكاحها أصلًا لا بدلًا ، ولا ضرورة . انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) أي : يشترط في نكاح الأمة ألا يجمعها على حرة ، ولا يجمع بينهما في عقد واحد إلا إذا وكل من يزوجه بالأمة ، كما لا يجوز أيضًا أن ينكح الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين يجوز له ذلك ؛ لأن بالبينونة ليس له نكاح عليها ، ويجوز نكاح الحرة والأمة على الأمة ، وفي عدتها ، لقوله ﷺ : « لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة عليها » أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٨/٤) من طريق الحسن مرفوعًا ، كما رواه أيضًا موقوفًا عليه بلفظ : « لا ينكح الأمة على الحرة فإن فعل ذلك لم ينزل » . انظر كلام الأحناف في الاختيار (١٥/٣) .

(٣) أي : أن العاجز عن طول الحرة يخاف الزنا ، فجاز له نكاح الأمة بخلاف القادر على أن يتزوج بحرة ، فإنه لم يخش العنت ، وهو الزنا لوجود من يتحصن بها وذلك لقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [سورة النساء آية ٢٥] فدل ذلك على أن الأمة لا تحل لمن لم يخش العنت . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

يتوصل به إلى غيرها . أصله : الحرة .

٢١٧٥٨ - ولا يقال : المعنى في الحرة أنه يجوز أن يجمعها مع [١] غيرها فجاز أن يتزوجها مع القدرة على نكاح غيرها ، والأمة لا يجوز أن يجمعها مع الحرة ، فلم يجز أن يتزوجها مع القدرة على نكاحها ؛ وذلك لأن منع الجمع لا يدل على اعتبار العجز .

٢١٧٥٩ - الدليل عليه : أنه لا يجوز أن يجمع امرأة إلى أختها . ويجوز أن يتزوجها مع القدرة على ما يتزوج به أختها ، ولأن من جاز له أن يتزوج أمة إذا لم يقدر على نكاح حرة ؛ جاز له وإن قدر على نكاحها كالعبد . بدلالة إذا قال له المولى : تزوج حرة أو أمة جاز له أن يتزوج أمة وهو قادر على نكاح حرة ، ولأن الحر أوسع نكاحًا من العبد ؛ بدلالة أنه يجمع أربعة ولا يقف نكاحه على إذن غيره . فإذا جاز للعبد مع ضيق حكمه في النكاح أن يتزوج الأمة مع القدرة على نكاح الحرة ؛ فالحر أولى [٢] .

٢١٧٦٠ - ولأنه سبب يتوصل به إلى استباحة وطئ أمة ؛ فجاز مع القدرة على ما يتوصل به إلى استباحة بضع حرة كشراء الأمة [٣] . ولأن كل نكاح يحرم بسبب نكاح آخر فوجود ما يتوصل به إلى أحدهما لا يكون سببًا لتحريم الآخر كالأختين ؛ لأن التنافي بين الأختين آكد . ألا ترى أنه لا يجوز جمعهما بحال والحرة والأمة يجوز الجمع بينهما إذا تقدمت الأمة ، فإذا كان وجود ما يتوصل به إلى إحدى الأختين لا يحرم نكاح أختها ففي مسألتنا أولى [٤] .

٢١٧٦١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن علة الأصل وهو قول المخالف : « وليس كذلك القادر ؛ لأنه لا يخاف العنت » هذه العلة تبطل بمن تحته حرة ولا يتحصن بها وحدها إلا مع هذه الأمة التي يهواها ، وتدعوه نفسه إلى الزنا بها إن لم يتزوجها ، وكذلك علة الفرع ، وهو قول المخالف : « المعنى في العاجز أنه يخاف العنت » يبطل هذا الكلام بمن معه ثمن أمة ولكنه لايبلغ مهر الحرة ؛ فإنه يجوز له تزويج الأمة ، وإن كان تعذر عليه أن يبتاع أمة يتحصن بها ويأمن العنت » . انظر المبسوط (١٠٩/٥) .

(٣) أي : أن نكاح الأمة سبب يتوصل به إلى استباحة وطئها ؛ فجاز مع القدرة على استباحة بضع الحرة ، قياسًا على شراء الأمة . انظر : الاختيار (١٨/٣) .

(٤) المعنى : أن نكاح الحرة لا يكون سببًا في حرمة نكاح الأمة ، قياسًا على الأختين ، فنكاح إحداهما لا يحرم الأخرى تحريمًا مؤبدًا ، بل يجوز له نكاح الثانية بعد موت الأولى منهما أو طلاقها طلاقًا بائنًا ، فالتنافي بين الأختين آكد ، لأنه لا يجوز الجمع بينهما ، بخلاف الحرة والأمة ؛ فإنه يجوز الجمع بينهما إذا تقدم نكاح الأمة على نكاح الحرة . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ۚ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ ۚ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (١) فأباح اللّٰه (٢) تعالى نكاح الأمة بشرطين : [عدم الطول وهو المال وخشية العنت وهو الزنا ؛ فلم يجز النكاح مع فقد الشرطين (٣) .

٢١٧٦٢ – قلنا : قد بينا من أصولنا أن الحكم متى تعلق بشرطين] (٤) لم يدل على نفي ما عداه ، وإنما ثبت حكم المذكور خاصة ، ثم بينا نظائر ذلك في القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾ (٥) وقوله : ﴿ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ (٦) وقوله : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ (٧) . ثم لو التزمنا ذلك الشرط على قولهم لم يكن في الآية دلالة ؛ وذلك لأن قوله : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم ﴾ تقديره : فلتنكحوا مما ملكت أيمانكم . والأمر أقل أحواله (٨) أن يحمل على الندب ، وعندنا لا يندب إلى نكاح الأمة إلا إذا خاف العنت وعدم الطول (٩) ، وروي عن أبي يوسف أنه حمل الآية على من عنده حرة فقال : النكاح الوطء . فكأنه قال . « ومن لم يستطع وطئ الحرة المؤمنة فلينكح الأمة » . ولا يجوز حمله على وجود المال ؛ لأن بوجوده لا يستطيع الوطء ، وعندنا : من عنده حرة لا يتزوج أمة (١٠) .

٢١٧٦٣ – فإن قيل : الطول الغنى ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ أُو۟لُوا۟ ٱلطَّوْلِ مِنْهُمْ ﴾ (١١) وعن ابن عباس أن المراد بها الغنى (١٢) .

٢١٧٦٤ – قلنا : الطول القدرة ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ ذِى ٱلطَّوْلِ ۖ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ (١٣) يعنى ذا القدرة . فإن كان المراد بالطول الغنى ؛ احتملت الآية الغنى عن الأمة بالحرة ،

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المهذب (٥٨/٢) .
(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٥) سورة الإسراء : الآية ٣١ .
(٦) سورة النور : الآية ٣٣ .
(٧) سورة الطلاق : الآية ٧ .
(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٩) انظر : شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .
(١٠) انظر : أحكام القرآن (١٦٢/٢) ، وتفسير القرطبي (١٧٠٦/٢) .
(١١) سورة التوبة : الآية ٨٦ .
(١٢) انظر تفسير ابن عباس ص ٩٨ .
(١٣) سورة غافر : الآية ٣ .

وإن كان المراد بها القدرة ؛ فهو لا يقدر على وطئ الحرة إلا إذا كانت عنده ، ويحتمل القدرة على صرف نفسه عن شهوة الأمة [١] .

٢١٧٦٥ - وقد روي عن عطاء ، وجابر بن زيد [٢] ، وإبراهيم [٣] . قالوا : إذا هوى الأمة وخاف أن يزني بها ؛ جاز أن يتزوجها وإن كان موسرًا . فهذا يدل على أن الطول عندهم القدرة على صرف نفسه عن الأمة للحرة .

٢١٧٦٦ - فإن قيل : النكاح في القرآن لم يرد إلا في العقد ، ويدل على ذلك قوله تعالى في سياق الآية : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ [٤] .

٢١٧٦٧ - قلنا : قد بينا أنه ورد في العقد الوطء وأنه حقيقة فيهما [٥] .

٢١٧٦٨ - وجواب آخر : وهو أن الآية مشتركة الدلالة على قول من اعتبر دليل الشرط [٦] لأنه قال : ﴿ وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا أَن يَنكِحَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ﴾ [٧] فجوز نكاح الأمة لمن لم يستطع نكاح الحرة المؤمنة ؛ فدل على أن من قدر على نكاح الحرة المؤمنة ، يدل على أنه إذا قدر على نكاح الحرة الكافرة جاز أن

---

(١) أي : أن الطول معناه القدرة ، في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا ﴾ . [سورة النساء آية ٢٥] لأنه لو كان المراد به الغنى لاحتملت الآية الغنى عن الأمة بالحرة بخلاف ما لو كان المراد به القدرة ، فإنه يحتمل عدم القدرة على وطئ الحرة إلا إذا كانت عنده ، ويحتمل أيضًا القدرة على صرف نفسه عن شهوة الأمة مخافة الزنا بها . انظر : شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .

(٢) هو : جابر بن زيد الأزدي ، يكنى أبا الشعثاء ، أحد الأئمة الفقهاء بالبصرة روى عن ابن عباس ، وابن عمر ، وغيرهما ، وروى عنه قتادة ، وعمرو بن دينار ، وأيوب ، توفي سنة (٩٣هـ) وقيل (١٠٣هـ) . انظر : البداية والنهاية (١٠٤/٩) ، طبقات الحفاظ ص ٢٨ .

(٣) انظر قول هؤلاء الفقهاء في أحكام القرآن للجصاص (١٥٧/٢) ولكن نجيب عن ذلك بأن هذا القول ينتقض بمن عنده أربع نسوة وعشق خامسة ؛ فإنه لا يحل له نكاحها . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٨٦/٣) .

(٦) الشرط في اصطلاح المتكلمين ما يتوقف عليه المشروط ولا يكون داخلًا فيه ، وفي اصطلاح النحاة : ما دخل عليه أحد الحرفين إن أو إذا أو ما يقوم مقامهما مما يدل على سببه الأول ومسببه الثاني ، وهذا هو الشرط اللغوي ، وهو المراد هنا لا الشرعي ولا العقلي ، ومفهوم الشرط ليس بحجة عند أبي حنيفة وأصحابه وبعض الشافعية والمالكية ، وحجة عند غيرهم . انظر : إرشاد الفحول ص ١٨٠ ، ١٨١ . والتعليق بالشرط في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا ﴾ الآية ، لا يوجب انعدام الحكم ، وهو نكاح الأمة لمن ملك طول حرة ؛ وذلك لجواز أن يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٧) سورة النساء : الآية ٢٥ .

يتزوج أمة [١] وعلى الصحيح من مذهبهم أنه لا يجوز [٢] . وإنما قال المروزي : يجوز ذلك ، وضعفوا قوله [٣] .

٢١٧٦٩ - فإن قيل : من لا يقدر على الطول إلى نكاح الحرة المؤمنة لم يقدر على الكافرة فثبوت إحداهما بثبوت الأخرى [٤] .

٢١٧٧٠ - قلنا : غلط ؛ لأن الكفار مدينون ينقصون المهر ، فيجوز أن يعجز عن مهر مؤمنة ولا يعجز عن مهر كافرة ، ولأنه قال : [٥] ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [٦] واسم الجمع [٧] حقيقة في الثلاثة مجاز في الاثنين ، وهذا يدل على أن من قدر على تزويج واحدة يجوز أن يتزوج أمة وهذا خلاف قولهم [٨] .

٢١٧٧١ - فإن قيل : فعلى أي شيء يحملونها ؟ [٩] .

٢١٧٧٢ - قلنا : قد بينا ما نحملها عليه من طريق اعتبار الشرط ، ويجوز أن نحملها [على] [١٠] أن اللّه تعالى طَيَّبَ قلب المؤمن إذا لم يقدر على أعلى النكاحين أن يقتصر على أدناهما وترضى نفسه في ذلك ، وإن كان لو رضى بالأدنى مع القدرة جاز . لقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ﴾ [١١] . فطيب قلب من ضاق رزقه [١٢] بالإنفاق من ماله المتأكد وتدبيره . وإن كان يجوز له

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) ودليل عدم الجواز : أنه طالما قدر على نكاح الحرة الكتابية ؛ فليس له نكاح الأمة ، لعدم خوفه العنت . انظر : المهذب (٥٨/٢٢) .

(٣) المروزي من علماء الشافعية ، وسبب تضعيف قوله مخالفته لظاهر قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [سورة النساء آية : ٢٥] لأن من قدر على نكاح الحرة الكتابية لا يخاف العنت ، فلا يجوز له نكاح الأمة ، وهذا هو الصحيح في المذهب . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) المعنى : أنه من لا يقدر على نكاح الحرة المؤمنة ، كذلك لا يقدر على نكاح الحرة الكافرة ؛ فيجوز له التزويج بالأمة لخوفه العنت . انظر : المغني (٥٩٨/٦) .

(٥) ساقطة من (م) . (٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) اسم الجمع : هو ما دل على معنى الجمع وليس له واحد من لفظه غالبًا ، وليس على وزن من أوزان جموع التكسير المحفوظة ، ومثاله : قوم ورهط . انظر : أوضح المسالك (٢٤٦/٢) .

(٨) ووجه الدلالة : أن ﴿ طَوْلًا ﴾ اسم الجمع ؛ فدل اسم الجمع على أن من كانت عنده القدرة على نكاح واحدة ، جاز له أن يتزوج أمة ؛ لأن اسم الجمع حقيقة في الثلاثة مجاز في الاثنين . انظر : شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .

(٩) أي : على أي معنى يحمل الأحناف قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ ، االآية ٢٥ من سورة النساء .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (١١) سورة الطلاق : الآية ٧ .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [صدره] ، ولا وجه له .

فعل[١] ذلك مع سعة الرزق .

٢١٧٧٣ - قالوا : روي عن ابن عباس ، وجابر بن عبد اللّٰه . مثل قولنا [٢] .

٢١٧٧٤ - قلنا : روي عن علي ، وأبي جعفر [٣] ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وسعيد بن المسيب ، وإبراهيم والحسن ، والزهري : أنه ينكح الأمة وإن كان موسرًا ، ذكره شيخنا أبو بكر في أحكام القرآن [٤] .

٢١٧٧٥ - قالوا : وجود العين الكاملة عنده إذا منع من الانتقال إلىالعين الناقصة ؛ وجب أن يمنع وجود عوضها . أصله : وجوب الانتقال من الماء إلى التراب [٥] .

٢١٧٧٦ - قلنا : إنما لا يجوز التيمم لمن يقدر على الماء ؛ لأنه مأمور باستعمال الماء ؛ فهو بالتيمم تارك لما أمر به [فلم يجز . وفي مسألتنا لم يمتنع من تزويج الأمة ، لأنه بترك تزويجها] [٦] يفعل ما أمر به من نكاح الحرة . وإنما منع منه ، حتى لا يجمعها إلى من هي أكمل منها في النكاح . والقادر على المهر ليس بجامع ، ولأن القدرة على الماء بعد التيمم يبطل حكم التيمم ؛ فلم يجز الانتقال إليه مع القدرة المؤثرة في حال البقاء ، والقدرة على الطول لا تؤثر في نكاح الأمة ؛ فلذلك لم يمنع العقد عليها ابتداء [٧] .

٢١٧٧٧ - قالوا : كل امرأتين إذا عقد عليهما بطل النكاح في إحداهما دون

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قولهما في الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١١٩/٤) .

(٣) هو : محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، يكنى أبا جعفر ، ثقة كثير الحديث ، مدني تابعي فقيه ، مات سنة (١١٤هـ) انظر : البداية والنهاية (٣٤٧/٩) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٦٢ .

(٤) انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الشهير بالجصاص (١٥٨/٢) .

(٥) المعنى : أنه لا يجوز الانتقال إلى الأمة لنقصانها بالرق ، لمن عنده الحرة الكافة بالحرية مع وجود البدل الذي يستطيع أن يمتلك به العين الكاملة وهي المرأة الحرة ، قياسًا على عدم جواز الانتقال من استعمال الماء لرفع الحدث الأصغر إلى التراب مع وجود الماء . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها ناقصة لا يجوز الانتقال إليها مع وجود العين الكاملة ، فلم يجز مع وجود ما يتوصل به إلى العين الكاملة كالطعام في الكفارة ، والتراب في الطهارة » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن قياس نكاح الأمة لمن قدر على نكاح الحرة مطلقًا على الانتقال من استعمال التراب بدلًا من استعمال الماء في الطهارة في عدم الجواز ، قياس غير صحيح ، وذلك لأنه لا يجوز التيمم إلا عند عدم استعمال الماء ، أما إذا انتقل إلى استعمال الماء بدون عذر ؛ فإنه يكون تاركا لما أمر به ؛ فلا يجوز . انظر : المبسوط (١١٩/٥) .

الأخرى ، فإذا أفرد التي [1] بطل النكاح فيها بالعقد [2] وجب أن يبطل ، أصله : إذا تزوج مجوسية ومسلمة [3] .

٢١٧٧٨ – قلنا : يبطل بمن لا مال له إذا بذلت له حرة أن يتزوجها . فلو تزوجها وأمة في عقد واحد ؛ بطل نكاح الأمة ، وإذا أفردها جاز نكاحها ، ولأن المجوسية منع منها لمعنى في نفسها لا للجمع . فنكاحها حال الاجتماع والانفراد سواء .

٢١٧٧٩ – والأمة لم يمنع من نكاحها لمعنى في نفسها ، وإنما منع لأجل الجمع ، بدلالة أنه لا يجوز للعاجز جمعها . فمن حصل بنكاحها الجمع منع منه . وإن لم يحصل الجمع لم يمنع منه ما وجب [4] .

٢١٧٨٠ – قالوا : لو كان المنع الجمع وجب إذا جمع بينهما أن يبطل نكاحهما كالأختين [5] .

٢١٧٨١ – قلنا : الأختان تساويا في العقد ، ولأنه ممنوع من تزويج كل واحدة على الأخرى ، فإذا جمعهما وجد معنى المنع فيهما ، فبطل نكاحهما . والحرة والأمة لم يتساويا ، لأنه يجوز أن يدخل الحرة على الأمة . فإذا جمعهما فقد نكح كل واحدة على الأخرى ؛ فبطل نكاح الأمة ؛ لأنها منكوحة على الحرة ، ولا يبطل نكاح الحرة إذا كانت منكوحة على أمة [6] .

٢١٧٨٢ – وقد التزم بعضهم هربًا من النقض الذي ذكرناه . فقال : يجوز للفقير أن يتزوج حرة وأمة معًا ، وهذا قول يخالف الإجماع . ولو رضي أصحابه قبوله فيه جعلناه طريقًا في المسألة [7] .

---

(١) في (م) : [الذي] ، ولا وجه له .   (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) المعنى : أن من جمع بين امرأتين إذا عقد عليهما معًا ؛ بطل نكاح من لا تحل له ، وصح نكاح من أحل له ؛ كالموسر الذي جمع بين حرة وأمة ؛ فإنه يصح نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة ، فإذا أفرد بالعقد بطل نكاحه أيضًا ، قياسًا على من جمع بين مجوسية ومسلمة في عقد واحد . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٥) المعنى : أنه لو كان منع سببه عدم الجمع بين الحرة والأمة ، لوجب إذا جمع بينهما أن يبطل نكاحهما معًا ، قياسًا على عدم الجمع بين الأختين . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٦) المعنى : أن سبب المنع في الجمع بين الأختين هو تساويهما في العقد ، بخلاف الحرة والأمة ؛ فإنهما لم يتساويا في العقد ، لأنه يجوز أن يدخل الحرة على الأمة بخلاف الأختين ؛ فإنه لا يجوز إدخال إحداهما على الأخرى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) ، الاختيار (١٨/٣) .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٠/٢) ، والقائل بذلك من الشافعية هو إسماعيل بن إسحاق .

٢١٧٨٣ - قالوا : حر مستغن / عن نكاح أمة فصار كما لو كانت تحته حرة [١] . ٢٤٤/أ

٢١٧٨٤ - قلنا : إذا هوى الأمة وخاف إن لم يتزوجها أن يزني بها ؛ فليس يعنى نكاحها ، ولا يجوز له نكاحها ، ولأن من كانت تحته حرة لا يجوز له أن يتزوج أمة وإن لم يستغن عن نكاحها ، مثل أن تكون الحرة صغيرة ولا يمكن وطؤها لذاتها أو غائبة فلا معنى لهذا الوصف [٢] ، وقد التزم بعضهم هذا وقال : يجوز أن يتزوج أمة إذا كانت تحته [٣] صغيرة أو غائبة إلا أنه خالف النص في قوله : « ولا تنكح الأمة على الحرة » [٤] وقد خالف الإجماع أيضًا . والمعنى فيمن تحته حرة : أنه يجمع إليها من هو أنقص في النكاح ، بدلالة أن عدة الأمة وطلاقها أو مسها أنقص من الحرة فمنع من ذلك ، ولهذا استوى عنده الحر والعبد . ومتى أفرد الأمة فلم يوجد هذا المعنى .

٢١٧٨٥ - قالوا : حر مستغن عن استرقاق ولده كمن تحته حرة [٥] .

٢١٧٨٦ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنه إذا هوى الأمة وخاف أن تدعوه نفسه إليها بالزنا فليس [يغني] [٦] عن [رق] [٧] الولد ، وتبطل العلة [بالفقير] [٨] إذا وجد أمة عقيمًا أو آيسة جاز له أن يتزوج الولود ، وقد استغنى بالعقيم عن استرقاق ولده ، ويبطل بالفقير إذا بذلت [الحرة] [٩] نفسها له بمهر مؤجل فقد استغنى عن استرقاق ولده . ويجوز له عندهم التزويج بأمة [١٠] .

٢١٧٨٧ - قالوا : غالب الأصول بأن القدرة على ما يتوصل به إلى عين الشيء كالقدرة عليه بدلالة القادر على ثمن الرقبة وثمن الماء ، وبمن عليه ديون من المال الناقص

---

(١) انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه حر مستغن عن نكاح الأمة ، فلم يحل له نكاحها ، كما لو كانت تحته حرة » .

(٢) وهو الاستغناء عن الحرة بالأمة ، فهذا الوصف لا معنى له ؛ لأنه لو كان معتبرا الجاز لمن كانت تحته حرة صغيرة ، أو غائبة أن ينكح الأمة ، فعلم أن المانع هو عين نكاح الحرة لا الاستغناء بنكاحها . انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٨/٤) ، من طريق الحسن مرفوعًا بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة » . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٥) انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه مستغن حر عن نكاح الأمة ، كما كان تحته حرة » .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعنى] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [صرف] .

(٨) في (م) : [بالعقر] ، وفي (ن) ، (ع) : [بالعقد] ، ولا وجه لهما .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بالجارية] .

(١٠) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٩/٢) ، شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .

إذا كانت له عروض كالقادر على ما عليه في وجوب جنسه [١] .

٢١٧٨٨ - قلنا : القادر على تزويج الحرة لا يمنع من تزويج الأمة بإجماع ، إذا كان الرجل فقيرًا فبذلت الحرة نفسها بمهر يسير لا يجد به الطول ، أو بمهر مؤجل ، فوجود البدل كالقدرة على المبدل ههنا [٢] .

٢١٧٨٩ - وفي الأصول ما اختلف فيها حكم وجود نفس الشيء ووجود بدله . بدلالة ، أن وجود الأخت في ملكه يمنع تزويج أختها ووجود الطول إليها لا يمنع ، ووجود الأم يمنع تزويج بنتها والطول لا يمنع ، ووجود بنت مخاض [٣] عندهم يمنع ابن لبون [٤] ووجود عوضها لا يمنع .

٢١٧٩٠ - قالوا : اتفقنا على أن من عنده حرة لا يتزوج أمة ، فلا يخلو أن يكون المنع لأن الحرة في حبسه ، أو الجمع بينهما ، أو لأنه أمن العنت . ولا يجوز أن يكون لأن الحرة في حبسه ؛ لأنه لا يجوز أن يتزوجهما معًا ، وليس في حبسه حرة . ولا يجوز أن تكون [٥] للجمع ؛ لأنه يجوز الجمع بينهما إذا تقدمت الأمة ، فلم يبق إلا أن يكون المانع له أمن العنت [٦] .

٢١٧٩١ - قلنا : لا يجوز لأنه يجمع إلى الحرة من هو أنقص في النكاح منها . وهذا لا يوجد إذا تقدمت الأمة ؛ لأنه لم يجمعها إليها ، وإنما جمع الحرة إليها . وقد حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه قال : إذا كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية فمنع

---

(١) المعنى : أن غالب الأصل يدل عليه أن القادر على ثمن الشيء يعتبر قادرًا عليه كالقادر على ثمن شراء الماء للطهارة ؛ فإنه يكون قادرًا على استعماله ، فلا يجوز له استعمال التراب بدلًا منه في رفع الحدث ، فكذلك القادر على طول الحرة لا يجوز له نكاح الأمة . انظر : الأم (٥/١٠ ، ١١) .

(٢) انظر : المبسوط (٥/١٠٩) .

(٣) هي الأنثى من الإبل ، التي استكملت السنة الأولى ودخلت في الثانية ، وسميت بذلك ؛ لأن أمها من المخاض ، أي الحوامل . انظر : سبل السلام (٢/٢٣٥) .

(٤) هو : الذكر من الإبل استكمل سنتين من العمر ، ودخل في الثالثة إلى تمامها ، وسمي بذلك ؛ لأن أمه ذات لبن . انظر : سبل السلام (٢/٢٣٥) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) المعنى : أنه لا يجوز لمن عنده حرة التزويج بالأمة ، والمانع من ذلك إما أن يكون أنه في حبسه حرة ، أو أنه لا يجوز الجمع بينهما ؛ أو لأنه يخاف الزنا ، ولا يجوز أن يكون المانع خوف الزنا لأنه في حبسه حرة ، ولا يجوز أن يكون المانع هو عدم الجمع بينهما ؛ لأنه يجوز إذا تقدم زواج الأمة ، ولا يجوز أن يتزوجهما معًا وليس في حبسه حرة ولا يقدر على طولها ، فلم يبق إلا أن يكون المانع له أمن العنت . انظر : الأم (٥/١٠) .

من تزويج الأمة حتى لا يسقط حق الحرية الثابت لولده [١] .

٢١٧٩٢ - فإن قالوا : يبطل بمن عنده أم ولد [٢] يجوز أن يتزوج أمة وإن ثبت لأولاده حق الحرية [٣] .

٢١٧٩٣ - قلنا : لم يثبت ذلك ؛ لأنه يجوز أن يتزوجها في الحال ثم يقطع فراشها [٤] .

٢١٧٩٤ - قالوا : فعلى هذا يجب أن يجوز تزويجهما معًا [٥] .

٢١٧٩٥ - قلنا : هناك يملك أن يفرد كل واحدة فإذا جمع فالإيجاب فاسد في الأمة فلا يصح ، ولأن الجمع في عقدة واحدة يقتضي رق الولد وحريته ، وذلك يتنافي . ومتى جمع العقد بين متنافٍ ؛ وجب إسقاط التنافي عنه . والأمة أضعف حالة في النكاح فيبطل عقدها . وفارق هذا الجمع بين الأختين ؛ لأن حالهما تساوت فأبطل عقد كل واحدة منهما بعقد الأخرى [٦] .

* * *

---

(١) انظر قول أبي الحسن الكرخي من الأحناف في المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) هي الأمة التي وطئها سيدها بملك اليمين فأنجبت منه ذكرا كان الولد أو أنثى انظر : سبل السلام (٤٦٩/٢) .

(٣) المعنى : أن قول أبي الحسن الكرخي من الأحناف : إذا كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية ، فمنع من تزويج الأمة حتى لا يسقط حق الحرية الثابت لولده » فهذا القول يبطل بالرجل الذي عنده أم ولد ؛ فإنه يجوز له أن يتزوج أمة وإن ثبت لولده حق الحرية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « يبطل بمن تزوج أمة ، وعنده أم ولد » .

(٤) أي : أنه يجوز أن يتزوج الأمة في الحال التي يعقد فيها على الحرة ، ثم يقطع فراش الأمة . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٥) أي أنه إذا جاز نكاح الأمة في الحال كان جامعًا بين الحرة والأمة وهذا غير صحيح . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

والمعنى أنه إذا جمع بين الحرة والأمة في عقد واحد ؛ بطل نكاح الأمة ؛ لأنه أضعف ، وصح نكاح الحرة ؛ لأنه أقوى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

العدد المباح الجمع بينهن من الإماء بطريق النكاح

٢١٧٩٦ – قال أصحابنا : يجوز تزويج أربع من الإماء (١) .

٢١٧٩٧ – وقال الشافعي : لا يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة ، فإن تزوج اثنتين في عقد بطل نكاحهما ، وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية (٢) .

٢١٧٩٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ (٣) ولم يفصل ، ولأن من جاز له أن يتزوج أمة جاز له أن يتزوج اثنتين كالعبد (٤) .

٢١٧٩٩ – فإن قيل : من للتبعيض (٥) .

٢١٨٠٠ – قلنا : صحيح وقد اقتضت الآية تزويج بعض الإماء والأربع بعض الإماء .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٠/٥) ، البدائع (٢٦٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٩/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٣٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٨/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٣٧/٣) ، الاختيار (١٦/٣) وفيه يقول : « ويجوز للحر أن يتزوج أربعًا من الإماء » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٠/٥) ، المهذب (٦٩/٢) ، المجموع (٣١١/١٦) ، نهاية المحتاج (٣٠٤/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) . يقول الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن أسلم وتحته أربع من الإماء فأسلمن معه ، فإن كان يحل له نكاح الأمة ؛ اختار واحدة منهن ؛ لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها ، فجاز له اختيارها كحرة » ويرى الإمام مالك رحمه الله أن الحر ليس له إلا نكاح واحدة فقط من الإماء بشروط ، كونها مسلمة ، خوف العنت ، وعدم الطول ، إلا إذا كانت الواحدة لا تعفه ؛ فإنه يجوز له أن يتزوج منهن أربعًا ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : بداية المجتهد (٤٦/٢) ، الخرشي على مختصر خليل (٢٢١/٣) ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٥٤٣/٢) . وللحنابلة : روايتان ، الأولى : وهي المذهب : ليس له إلا واحدة ، كما هو مذهب الشافعي ، وأحد قولي مالك ، والثانية : إن لم تعفه الواحدة ولم يجد طولًا للحرة ، فله أن يتزوج أكثر من واحدة ، حتى يصل إلى أربع ، كما هو مذهب الأحناف ، وأحد قولي الإمام مالك رحمه الله . انظر : المغني (٦٠٠/٦) ، والإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٤) المعنى : أن قوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ ورد على ما لم ينص على عدد معين منهن ، ولأن من جاز له أن يتزوج بواحدة منهن ، جاز له أكثر منها ، قياسًا على العبد . انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

(٥) أي أن (من) في قوله ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ ﴾ للتبعيض ، فاقتضى ذلك النكاح بواحدة منهن فقط دون الزيادة عليها . انظر : نهاية المحتاج (٣٠٤/٦) .

٢١٨٠١ - ولأنه نوع يجوز للحر العقد عليهن ؛ فجاز الجمع بينهن كالحرائر . ولأنه من جاز له تزويج أمة ، جاز له تزويج أمتين كالعبد ، ولأن العبد أضيق في الجمع من الحر ؛ لأنه لا يجمع بين أربعة ، فإذا جاز للعبد الجمع بين أمتين ؛ فالحر أولى ؛ لأنه ليس في حبسه حرة . فجاز أن يتزوج بأمة . أصله : المولى . ولأن كل امرأتين يجوز للعبد الجمع بينهما جاز للحر الجمع بينهما كالحرتين [١] .

٢١٨٠٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [٢] ومتى كانت تحته أمة لم يخش العنت [٣] .

٢١٨٠٣ - قلنا : إذا كان تحته أمة وهوى أخرى وخاف على نفسه ؛ فهو يخاف العنت ، ولأن الآية مشتركة الدليل ؛ لأنها تقتضي أنه إذا خاف العنت جاز أن يتزوج أربعة في عقده [٤] .

٢١٨٠٤ - قالوا : روى النيسابوري [٥] في الزيادات عن ابن عباس أنه قال : لا يزوج العبد من الإماء إلا واحدة [٦] .

٢١٨٠٥ - قلنا : لم يثبت ذلك عن ابن عباس [٧] .

٢١٨٠٦ - قالوا : كل نكاح منع منه نكاح الحرة منع منه نكاح الأمة ، أصله : الزوجة الثانية في حق العبد لما منعت نكاح حرة منعت نكاح أمة [٨] .

٢١٨٠٧ - قلنا : الزوجة الثانية في حق العبد استوفي بها العدد فلم يجز أن ينكح

---

(١) المعنى : أن البعضية تتحقق بالأربع كما تتحقق بالواحدة ، ولأن الأربع يجوز للحر أن يعقد عليهن ، فجاز الجمع بينهن ، قياسًا على الحرائر ، ولأن العبد أضيق في النكاح من الحر ، فإذا جاز للعبد أن يجمع بين اثنتين ؛ فيجوز للحر أن يجمع بين أربع منهن من باب أولى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٥ . (٣) انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٢٣٩/٣) .

(٥) هو : عبد الله بن محمد بن زياد بن فاضل النيسابوري المعروف بابن زياد ، ولد في أول سنة ٢٣٨هـ ، ورحل في طلب العلم إلى العراق والشام ومصر وقرأ على المزني ، وسكن بغداد ، وصار إماما للشافعية في العراق ، ومات بنيسابور سنة (٣٢٤هـ) انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٢٦٩/٢) ، العبر (٢٠١/٢) .

(٦) انظر : قول ابن عباس في مصنف ابن أبي شيبة (١٤٧/٤) ، وفي المغني لابن قدامة (٦٠٠/٦) .

(٧) ففي قول ابن عباس غير صحيح ، بل هذا القول ثابت عنه ، ويكفي في ثبوته أن الإمام أحمد رحمه الله استدل به على أن الحر ليس له أن يتزوج من الإماء إلا واحدة ، كما هو ظاهر الرواية الثانية عنه . انظر : المغني (٦٠٠/٦) .

(٨) انظر : الأم (١٠/٥) .

حرة . وفي مسألتنا لم يستوف العدد المعنى ، ولهذا يجوز أن يتزوج حرة ، فجاز أن يتزوج بأمة إذا لم يجمعها إلى حرة [١] .

٢١٨٠٨ - قالوا : حر مستغن عن استرقاق ولده كما لو كانت تحته حرة [٢] .

٢١٨٠٩ - قلنا : إذا كان عنده أمة فقد ثبت لولده حكم الرق فتزوج بأخرى لا يحصل به من استرقاق الولد إلا ما حصل بالأولى ؛ وليس كذلك إذا كان تحته حرة ؛ لأن الولد استحق الحرية ؛ فلم يجز أن يتزوج أمة ، فيسقط حق الحرية الثابت لولده [٣] .

* * *

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٩/٢) .
(٢) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « حر مستغن عن نكاح الأمة ، كما لو كان عنده حرة » .
(٣) انظر : المبسوط (١٠٩/٥ ، ١١٠) .

مسألة ١٠٥٨

جمع العبد بين الحرة والأمة

٢١٨١٠ - قال أصحابنا : لا يجوز للعبد أن يتزوج أمة وتحته حرة [١] .

٢١٨١١ - وقال الشافعي : يجوز له ذلك [٢] .

٢١٨١٢ - لنا : قوله ﷺ : « لا تنكح الأمة على الحرة » [٣] وهو عام .

وروي عن علي أنه قال : « لا تنكح الأمة على الحرة » .

وقال علي : « وتنكح الحرة على الأمة ، وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث » ذكره محمد في الأصل [٤] . ولأنه يجمع إلى الحرة من لا تساويها في أحكام النكاح فصار كالحر ، ولأنه ثبت لولده حق الحرية فلم يجز له إسقاط ذلك بنكاح الأمة ، أصله : الحر ، ولأن الحر أوسع في النكاح من العبد ، وإذا لم يجز هذا الجمع للحر فالعبد

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٦/٢) ، المبسوط (١١٧/٥) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، مجمع الأنهر (٣٣٠/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٢٥٥/٣) . والاختيار (١٥/٣) ، ويقول صاحب مجمع الأنهر : « ولا يصح تزويج أمة على حرة سواء كان حرًا أو عبدًا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٤٣/٥) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١١٢/٤) ، حلية العلماء (٣٩١/٦) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٧٢/٣) ، وفيه يقول : « أما لو جمعهما من به رق في عقد فيصح فيهما إلا أن تكون الأمة كتابية وهو مسلم ، فكالحر » ويرى الإمام مالك رحمه الله أنه يجوز للعبد تزويج الأمة ، وإن كانت تحته حرة ، كما هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله ، قال عبد الملك من المالكية : لا يجوز ، كمذهب أبي حنيفة يرحمه الله . يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : وللعبد أن يتزوج أمة وأن كانت تحته حرة ، وقال عبد الملك : لا يجوز . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف . للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٥٤٤/٢) ، بداية المجتهد (٤٦/٢) . وللحنابلة روايتان : الأولى : لا يجوز للعبد أن يتزوج بأمة وتحته حرة كمذهب الأحناف ، والثانية : يجوز له ذلك ، كمذهب مالك والشافعي . انظر : المغني (٦٠٠/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٣١/٢) .

(٣) سبق تخريجه

(٤) الأصل : كتاب للإمام الجليل محمد بن الحسن الشيباني ، ولكن لم نعثر له على هذا القول الذي ذكره عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه في كتابه الأصل ، ولكن وجدناه في كتاب آخر للإمام محمد بن الحسن أيضًا ، يسمى كتاب الحجة ، فانظر : كتاب الحجة (٢٥٥/٣) .

أولى ولأنه جمع منع (١) منه (٢) فلا يجوز للعبد ، أصله : الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها (٣) .

٢١٨١٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (٤) فخص الأحرار بذلك . فدليله : أن غير الأحرار يجوز لهم التزويج وإن لم يخشوا العنت (٥) .

٢١٨١٤ - قلنا : الآية عامة في الأحرار والعبيد فتناولها لأحد الفريقين كتناولها للآخر (٦) .

٢١٨١٥ - قالوا : كيف تتناول الأحرار ، وقد قال : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ (٧) ؟

٢١٨١٦ - قلنا : المراد به أصل الجنس كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ﴾ (٨) وكيف يجوز أن نقول : نطق ظاهر بدليل خبر خطاب ، والنطق متفق على اعتباره والدليل مختلف فيه (٩) .

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) المعنى : أن نكاح الأمة أضعف ونكاح الحرة أقوى ، فيجب أن يندفع الأضعف بالأقوى ، وإذا كان ذلك لا يجوز للحر وهو أوسع في النكاح من العبد ، فمن باب أولى لا يجوز للعبد . انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) المعنى : أن منطوق الآية يختص بالحرائر ، فيفهم منها عن طريق مفهوم المخالفة أن غير الحرائر وهم العبيد يجوز لهم ، وإن لم يخش العنت . انظر : نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (١١٧/٥) . (٧) سورة النساء : الآية ٢٥ .

والمعنى : أن الآية لا تتناول إلا الحرائر فقط لقوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ والعبد لا يملك بملك اليمين ولا بغيره ، فلا يدخل في منطوق الآية . انظر : الأم ٤٣ .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٩) المعنى : أن الشافعية استدلوا بمفهوم المخالفة في الآية ، حيث قالوا : خص الأحرار بقوله : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ فدليله أن غير الأحرار وهم العبيد يجوز لهم التزويج بالأمة وإن كانت تحته حرة . حتى وإن لم يخش العنت ، ولكن الإمام القدوري ﷺ رد عليهم قائلًا : إن مفهوم المخالفة ، مختلف في حكم الاستدلال به بيننا وبينكم ؛ فنحن لا نستدل به ، أما المنطوق فنحن وأنتم متفقون على الاستدلال به ، فالأولى الاستدلال بما هو متفق عليه وترك الاستدلال بما هو مختلف فيه . والمنطوق : هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، والمفهوم : هو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق .

ومفهوم المخالفة هو : أن يكون المسكوت عنه مخالفًا للمذكور في الحكم إثباتًا ونفيًا ؛ فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به ويسمى دليل الخطاب ؛ لأن الخطاب دال عليه ، وهو حجة عند غير الأحناف . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص١٧٩ .

٢١٨١٧ – قالوا : عبد تحته امرأة واحدة فجاز أن يأتيها بثانية ، أصله : إذا كان تحته أمة (١) .

٢١٨١٨ – قلنا : إذا كانت تحته أمة فَلَمْ يجمع إليها من ينقص عنها في النكاح ، وفي مسألتنا بخلافه (٢) .

٢١٨١٩ – قالوا : من جاز له أن ينكح امرأة من غير جنسه جاز له أن ينكح عليها امرأة من جنسه ، كالحر .

٢١٨٢٠ – وربما قالوا : ضم إلى امرأته من هو في مثل حال الزوج ، فوجب أن يصح كالحر ، إذا تزوج الحرة (٣) .

٢١٨٢١ – قلنا : هناك أشركها مع من هي مثلها في الأحكام أو أنقص منها ، وها هنا ضمها إلى من هي أكمل منها في النكاح ؛ فلم يجز كالحر (٤) .

* * *

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) . (٢) انظر : مجمع الأنهر (٣٣٠/١) .
(٣) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه يتزوج امرأة نظيرة له ، فهو كالحر إذا تزوج حرة » .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

مسألة ١٠٥٩

الجمع بين الحرة والأمة في عقد واحد

٢١٨٢٢ - قال أصحابنا : إذا جمع في عقد النكاح بين حرة وأمة ؛ صح نكاح الحرة ، ويبطل نكاح الأمة (١) ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : يبطل نكاحهما (٢) .

٢١٨٢٣ - لنا : أن الجمع بينهما جائز في النكاح إذا تقدمت الأمة ، وكل امرأتين جاز أن يجتمع نكاحهما إذا جمعهما في العقد لم يفسد نكاحهما كالحرتين . ولأنه جامع بين حرة وأمة في عقد واحد ، فلم يبطل نكاحهما كالعبد .

٢١٨٢٤ - ولأن نكاح الأمة إذا استقر لم يمنع صحة نكاح الحرة (٣) ، وهو في حال العقد غير مستقر ، فلأن لا ينتفي نكاحها أولى .

٢١٨٢٥ - ولأن الجامع بين امرأتين في عقد واحد يتزوج كل واحدة منهما على

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٨/٢) ، المبسوط (١٩٨/٤ ، ١١٨/٥) ، مجمع الأنهر (٢٣٩/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٨/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، كتاب الحجة للإمام محمد بن الحسن (٢٥٨/٣) ، الاختيار (١٦/٣) . يقول الإمام السرخسي في المبسوط : « فأما إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة إلى الأمة ؛ فيبطل نكاح الأمة ؛ ويجوز نكاح الحرة » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٥٧/٥) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١٢١/٤) ، حلية العلماء (٣٩٣/٦) . يقول الإمام الشافعي : « ولو عقد نكاح حرة وأمة ؛ فقد قيل : تثبت عقدة الحرة ، وعقدة الأمة مفسوخة ، وقد قيل : هي مفسوخة معًا » اهـ . انظر : الأم (١٥٧/٥) .

ويرى الإمام مالك رحمه الله : أنه يثبت نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة ، كما هو مذهب الأحناف وأحد قولي الشافعي ، وله قول آخر يقول فيه : إذا علمت الحرة بذلك فلا خيار لها ، وإن لم تعلم فلها الخيار . يقول ابن رشد : « وإذا قلنا : إن له أن يتزوج على الحرة أمة ، فتزوجها بغير إذنها ، فهل لها الخيار في البقاء معه ، أو في فسخ النكاح ، اختلف في ذلك قول مالك » اهـ . انظر : بداية المجتهد (٤٦/٢) ، والكافي (٥٢٤/٢) . وللحنابلة روايتان : المشهورة : أن يبطل نكاح الأمة ويصح نكاح الأخرى كمذهب الجمهور ، والأخرى : يبطل نكاحهما معًا ، كالقول الآخر للشافعي ، يقول ابن قدامة : « ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل : فيه روايتان ، إحداهما : يفسد فيهما ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر » اهـ . انظر : المغني (٥٨٣/٦) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الأمة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الأحناف .

الأخرى ولهذا إذا جمع بين أختين بطل نكاحهما ، ومن جمع حرة إلى أمة صح نكاحها ومن جمع أمة إلى حرة بطل نكاحهما ، فكذلك حال الاجتماع [١] .

٢١٨٢٦ - احتجوا : بأن العقد جمع بين الحلال والحرام ، فصار كمن باع حرًا وعبدًا/ صفقة واحدة [٢] . ٢٤٤/ب

٢١٨٢٧ - قلنا : البيع يبطله الشرط وجهالة الثمن ، فإذا جمع بينهما فيه فقد شرط أحدهما في الآخر ، فيبطل مع العبد ؛ لأنه شرط في بيعه ما لم يدخل في العقد بحال والنكاح لا تبطله الشروط ، يبين ذلك : أنه لو أفرد الحر والعبد صح بيع العبد ويبطل بيع الحر . فإذا جمع والحر لا يدخل في البيع فسد بيع العبد بالشرط لا بالجمع ، وفي مسألتنا : لو أفرد كل واحد منهما صح نكاح الحرة بكل حال متقدمة ومتأخرة ، وبطل نكاح الأمة إن تأخرت ؛ لأنها جمعت إلى حرة وهذا موجود عند الاجتماع [٣] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٦٨/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لنا أنه : عقد يقبل الفسخ ، فإذا جمع فيه بين ما يحل وما يحرم بطل فيهما » .

(٣) المعنى : أن قياس العقد على الحرة والأمة في عقد واحد على البيع صفقة واحدة ، وجمع فيه بين ما يحل بيعه وما يحرم ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن البيع يبطل بالشرط الفاسد وجهالة الثمن بخلاف النكاح ؛ فإنه لا تبطله الشروط الفاسدة فإذا شرط فيه شرطًا فاسدًا ؛ صح النكاح وبطل الشرط ، كما أنه لو أفرد بيع الحر كان البيع باطلًا ؛ لأنه لا يجوز بيعه ، ففساد بيع العبد بالشرط لا بالجمع انظر : المبسوط (١٨٤/٤) .

مسألة ١٠٦٠

نكاح المسلم للأمة الكتابية

٢١٨٢٨ - قال أصحابنا : يجوز للمسلم تزويج الأمة الكتابية [(١)] .

٢١٨٢٩ - وقال الشافعي : لا يجوز ذلك .

٢١٨٣٠ - وهل يتزوجها الكافر ؟ فيه وجهان [(٢)] .

٢١٨٣١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ [(٣)] ولم يفصل .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٠/٥) ، البدائع (٢٧١/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٨/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، البحر الرائق (١٠٤/٣) ، وكتاب الحجة (٣٣٧/٣) ، والاختيار (١٦/٣) ، يقول صاحب مجمع الأنهر : « وصح نكاح الكتابية حرة كانت أو أمة ذمية كانت أو حربية ، إلا أنه لو نكح حربية في دار الحرب كره » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٦/٥ ، ٤٣) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) ، حلية العلماء للشاشي (٣٨٨/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (١٨٨/١) .

يقول الشيرازي في المهذب : « ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية » ونكاح الكتابى للأمة الكتابية فيه وجهان عند الشافعية ، والصحيح الجواز ، انظر : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) .

وأما المالكية : فيرون أنه لا يجوز نكاح الأمة الكتابية لا لحر ولا لعبد ؛ يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « لا يجوز للحر ولا للعبد أن ينكح الأمة الكتابية خلافًا لأبي حنيفة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٥٤٤) . وللحنابلة روايتان ، أصحهما : عدم جواز نكاح الأمة الكتابية ، كما هو مذهب الشافعية والمالكية ؛ والأخرى : يجوز ذلك ، كما هو مذهب الأحناف ، يقول ابن قدامة : « وليس لمسلم وإن كان عبدًا أن يتزوج بأمة كتابية ، وهذا ظاهر مذهب أحمد ، ونقل عنه قال : لا بأس بتزويجها » . انظر : المغني (٥٩٦/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٧/٢) ، مسائل الإمام أحمد (٢١٩/١) مسألة رقم ١٠٦٣ .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الله تعالى بعد أن ذكر جملة المحرمات من النساء في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ الآية عطف على هذا ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ والعطف يقتضي المغايرة ، والأمة الكتابية ليست من جملة المحرمات ، والآية لم تفرق بين الحرة الكتابية والأمة ؛ فدل ذلك على حل الأمة الكتابية للمسلم ، قياسًا على حل الحرة الكتابية له . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

٢١٨٣٢ – فإن قيل : قوله « غير مسافحين » أي ليس بنكاح من قولك : سفحت الشيء إذا قصرته .

٢١٨٣٣ – قالوا : وهذا عندنا هنا ليس بعقد فهو سفاح [١] .

٢١٨٣٤ – قلنا : قال الله تعالى : ﴿ مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ [٢] ومعنى ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ أي متزوجين ، وهذا العقد يسمى نكاحًا في اللغة فيخرج من أن يكون سفاحًا ويصح التعليق بالآية [٣] .

٢١٨٣٥ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [٤] والأمة لا يجوز أن تؤتى مهرها [٥] .

٢١٨٣٦ – قلنا : المأذونة يجوز قبضها لمهرها ، ثم المراد بالآية الإيجاب لا القبض ، ألا ترى أنه قال في الآية الأخرى ﴿ مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [٦] ؟

٢١٨٣٧ – ولأنه يجوز وطؤها بملك اليمين ، فجاز بعقد النكاح ، كالأمة المسلمة .

٢١٨٣٨ – ولا يلزم أمة نفسه ؛ لأنه يجوز للمسلم وطؤها بالنكاح ، ولم نقل جاز وطؤها بالنكاح للواطئ لها بالملك [٧] .

٢١٨٣٩ – فإن قيل : الوطء بملك اليمين أوسع ؛ لأنه لا يختص بعدد ، والنكاح أضيق فلم يجز أن يعتبر أحدهما بالآخر [٨] .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للشافعي (١/١٨٩) . (٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٣) أي : أن قوله ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ بمعنى متزوجين ، وعقد النكاح يسمى نكاحًا في اللغة وفي الشرع ، فإذا عقده الحر المسلم على الأمة الكتابية صح . انظر : المبسوط (٥/١١١) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٥) ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الله تعالى أمر فيها بدفع المهر مقابل الاستمتاع ، والأمة لا تؤتى مهرها ؛ لأنها ليست أهلًا للملك ولا التمليك ، فلا يجوز نكاحها . انظر : المجموع (١٦/٣٤٥) .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) المعنى : أن الآية الكريمة المراد بها إيجاب النكاح لا قبض المهر ، ثم المأذونة يجوز قبضها لمهرها فجاز نكاحها . انظر : المبسوط (٥/١١١) .

(٨) إن قياس جواز نكاح الأمة الكتابية على حل وطئها بالملك قياس غير صحيح ، وذلك لأن الوطء بملك اليمين أوسع ؛ لأنه لا يتقيد فيه بعدد ، والنكاح أضيق ؛ لأنه يتقيد فيه بعدد ، فلم يجز لنا أن نعتبر أحدهما بالآخر انظر : نهاية المحتاج (٦/٢٨٧) .

٢١٨٤٠ - قلنا : ملك اليمين يتسع من الوجه الذي ذكروه ، والنكاح يتسع من وجه آخر ، بدلالة : أن العبد لا يستبيح الوطء بملك اليمين ويستبيحه بالنكاح ؛ لأن الاختلاف من هذا الوجه لم يوجب جواز اختلافهما في الإباحة ، ألا ترى أن الوثنية لما لم يجز وطؤها بأحد السببين لم يجز بالآخر ؟

ولأنه يحل أكل ذبيحتها فجاز للمسلم أن يتزوجها ، كالمسلمة [١] .

٢١٨٤١ - ولا يلزم زوجات النبي ﷺ ؛ لأنه كان يجوز للمسلم تزويجهن وهو [٢] النبي ﷺ وليس الكلام في أعيان الأزواج .

٢١٨٤٢ - فإن قيل : إن الرق لا تأثير له في الذبيحة وله تأثير في النكاح [٣] .

٢١٨٤٣ - قلنا : يبطل بالأمة المسلمة .

٢١٨٤٤ - ولأنه دين يجوز للمسلم تزويج الحرائر من أهله ، فجاز له تزوج الأمة من أهله ، كدين الإسلام .

٢١٨٤٥ - ولأنها كتابية ، فجاز أن يتزوجها المسلم كالكافرة [٤] .

٢١٨٤٦ - فإن قيل : المعنى في المسلمة : وأنه لم يعتورها [٥] نقصان ، وهذه قد اعتورها نقصان ، وكل واحد له تأثير في النكاح [٦] .

---

(١) إن الأمة الكتابية يحل نكاحها للمسلم ، قياسًا على الأمة المسلمة ؛ لأنه يحل أكل ذبيحتها ؛ فجاز للمسلم تزوجها ، بخلاف الأمة الوثنية فيما أنه لا يحل أكل ذبائحهم ، فلا يحل للمسلم وطئ نسائهم . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٢) بياض في (ص) .

(٣) إن قياس نكاح الكتابية على قياس حل أكل ذبائحهم قياس غير صحيح ؛ وذلك لأن الرق لا تأثير له في أكل الذبائح ، ولكن له تأثير في النكاح ، وتأثيره استرقاق ولده منها ، فيملكه الكافر إن كانت الأمة ملكًا للكافر ، وإن كانت لمسلم ؛ فلا يأمن أن يبيعها لكافر فيسترق ولده منها . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) إن كلام الخصم : الرق لا تأثير له في الذبيحة وله تأثير في النكاح كلام يبطل بالأمة المسلمة ، فرقها لا تأثير له في نكاح المسلم لها ، ولكن نقول له : إن نكاح الأمة عامة مسلمة كانت أم كتابية له تأثير في النكاح ، وتأثيره استرقاق الولد منها سواء كان مالكها مسلمًا أو كافرًا ، وسواء كانت مسلمة أم كافرة ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٥) اعتور الشيء وتعاوره : تداوله ، ومعنى قوله : اعتورها نقصان : أي تداولها نقصان . انظر : القاموس المحيط ، ومختار الصحاح : مادة « عور » .

(٦) إن المسلمة لم يعتورها نقصان الكفر ؛ فجاز نكاحها ، وأما الأمة الكتابية فلقد اعتورها نقصان الرق ، ونقصان الكفر ، وكل واحد منهما له تأثير في النكاح ؛ فلم يجز نكاحها . انظر : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) .

٢١٨٤٧ - قلنا : علة الأصل تبطل بالحرة الوثنية ، وعلة الفرع تبطل بالأمة المجنونة (١) .

٢١٨٤٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ (٢) .

٢١٨٤٩ - قلنا : اسم المشركة في الشرع لا يتناول الكتابية ، قال الله تعالى : ﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ ﴾ (٣) ، [وقال الله تعالى : ﴿ مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾] (٤) والعطف غير المعطوف عليه .

٢١٨٥٠ - وقولهم : إن قول النصارى : المسيح ابن الله . من أعظم الشرك ، ليس بصحيح (٥) ، لأنا لا نمنع أن يكونوا مشركين ، إلا أن هذا هو الاسم اللغوي ، فإذا فرق الشرع بينهما ؛ وجب حمل لفظه على الاسم الأصلي ، يبين ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ (٦) فجعل الغاية الإيمان ، والأمة الكتابية يجوز نكاحها إذا أعتقت ولم تؤمن ، فعلم أن المراد بها الوثنية التي غاية امتناع نكاحها الإيمان (٧) .

٢١٨٥١ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ (٨) والمراد ها هنا بالمحصنات الحرائر (٩) .

٢١٨٥٢ - قلنا : بل المراد العفائف ؛ لأن الاسم يتناول ذلك (١٠) .

٢١٨٥٣ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ

---

(١) انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٦/١) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

ووجه الدلالة منها : أنها عامة في تحريم نكاح المشركات حرائر كن أم إماء ، ثم نزلت الرخصة بعد ذلك في حل نكاح الحرائر منهن في قوله : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ وبقى تحريم إمائهم على عمومه ، فلم يحل نكاحهن للمسلم . انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٦/١) .

(٣) سورة البينة : الآية ١ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ، والآية من سورة البقرة آية ١٠٥ .

(٥) نفي صحة هذا القول غير صحيح ؛ لأن الإمام البخاري ذكره في صحيحه عن ابن عمر ، في كتاب الطلاق باب ١٨ ، وهذا يدل على أن ابن عمر كان يكره ذلك كما ذكر الحافظ ابن حجر في الفتح (٤١٦/٩ ، ٤١٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٣/٢) .

(٨) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٩) انظر : الأم (٥٧/٥) .

(١٠) إن قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ قيل : أيضًا : المراد بالمحصنات العفائف ، فيتناول الحرة والأمة . انظر : المبسوط (١١/٥) .

ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ (١) .

٢١٨٥٤ – قلنا : قد بينا أن تقدير الآية : فلينكح ما ملكت أيمانكم . والأمر أقل أحواله الندب ، وإنما يندب إلى نكاح المسلمة دون الكافرة ، يبين ذلك : أنه شرط في نكاح الأمة عدم الطول إلى الحرة المؤمنة ، وإن كان عدم طول الكافرة عند مخالفنا في حكمها ، كذلك أباح نكاح الأمة المؤمنة وإن كانت الكافرة في حكمها (٢) .

٢١٨٥٥ – قالوا : روي عن عمر ، وابن مسعود مثل قولنا (٣) .

٢١٨٥٦ – قلنا : هذا لا يعرف ولم يضيفوه إلى موضع يحتج به ، ولو ثبت فقد روي عن علي وعثمان ﷺ أنهما قالا : « ما حرم الله من الحرائر شيئًا إلا حرم من الإماء مثله ؛ إلا الرجل يجمعهن » (٤) ؛ فدل على تساوي الإماء والحرائر في التحريم إلا في موضوع العدد .

٢١٨٥٧ – قالوا : اعتورها نقصان كل واحد منهما يمنع النكاح ، فلم يجز تزويجها ، أصله : الوثنية (٥) .

٢١٨٥٨ – قلنا : يبطل بالأمة المجنونة ، فإن الرق نقص يمنع النكاح ؛ لأن الجنون نقص يمنع النكاح ، والمجنون لو عقد على نفسه لم يجز عقده (٦) .

٢١٨٥٩ – فإن قالوا : الجنون لا يمنع العقد لكنه يمنع عقدا بصفة وهو الذي ياشره

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) إن المسلم مندوب إلى نكاح الأمة المسلمة عند عدم الطول إلى الحرة المؤمنة ، وكذلك عند عدم الطول إلى الحرة الكافرة ؛ لأنها في حكم المؤمنة عند المخالف ، فكذلك أباح نكاح الأمة المؤمنة ، فتكون الأمة الكتابية في حكمها قياسًا عليها ، فيحل للمسلم نكاحها . انظر : المبسوط (١١١/٥) .

(٣) انظر : قولهما في تفسير القرطبي (٩٨١/٢) ، تفسير ابن كثير (٢٥٧/١) ، وذكر الحافظ ابن حجر في الفتح عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه كان يكره نكاح المسلم للأمة الكتابية . انظر : فتح الباري (٤١٧/٩) .

(٤) انظر قولهما في : المحلى لابن حزم الأندلسي (١٤٧/١١) مسألة ١٨٦١ كتاب النكاح .

(٥) المعنى : أن الأمة الكتابية يعتريها نقصان : نقص الكفر ، ونقص الرق ، وكل واحد منهما يمنع النكاح منها ، قياسًا على الوثنية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم الرق الإباحة في ملك اليمين ، فلا يجوز أن يؤثر في المنع ، فيبقى نقص الكفر » .

(٦) وجه البطلان غير صحيح ؛ وذلك لأن نقص الجنون لا دخل للعبد فيه ، بخلاف نقص الكفر ؛ لأن الإنسان له دخل فيه ؛ لأنه يستطيع أن يدفع هذا النقص عن نفسه بدخوله في الإسلام .

المجنون (١) .

٢١٨٦٠ - قلنا : كذلك الرق لا يمنع النكاح وإنما يمنع صفة فيه ، وهي زيادة العدد ، وإلا فالعبد يتزوج كالحر (٢) .

٢١٨٦١ - وقولهم : إن الحرة الوثنية اعتورها نقصان الكفر وعدم الكتاب ؛ فالنصرانية اعتورها نقصان القول بالتثليث وتكذيب رسول الله ﷺ وكل واحد منهما يؤثر في النكاح كالآخر (٣) .

٢١٨٦٢ - فإن قالوا : كل واحد منهما نقص كفر (٤) .

٢١٨٦٣ - قلنا : كذلك عدم الكتاب نوع الكفر ، والمعنى في الوثنية : أنه لا يجوز وطؤها بملك اليمين ولا تؤكل ذبيحتها ، والأمة الكتابية بخلاف ذلك (٥) .

٢١٨٦٤ - قالوا : أمة كافرة فلا يحل للمسلم تزويجها (٦) ، كالمجوسية (٧) .

٢١٨٦٥ - قلنا : قولكم لا تأثير له في الأصل ؛ لأن المجوسية لا يجوز تزويجها وإن كانت حرة (٨) .

٢١٨٦٦ - فإن قيل : اتفق الحكم مع اختلاف العلة (٩) .

٢١٨٦٧ - قلنا : بل وجود الحكم مع فقد العلة ووجودها ، فعلم أنه متعلق بغيرها ، ولو أثرت ؛ كان من علق الحكم بكونها مجوسية أولى ممن علقه بكونها أمة كافرة ،

---

(١) إن الجنون لا يبطل عقد النكاح إذا عقده ولي المجنون ، بخلاف العقد الذي يعقده المجنون نفسه ؛ فإنه عقد باطل .

(٢) أي : أن الرق لايمنع العقد ، وإنما المانع صفة في النكاح وهي زيادة العدد ؛ لأن الرق منع النكاح ما تزوج العبد ، ولكنه يتزوج كحر ، فدل ذلك على الرق أن لا يمنع النكاح . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٣/٢) .

(٣) نجيب عن ذلك فنقول : إن النصرانية حل نكاحها بالنص القرآني ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ بخلاف الوثنية ؛ فلقد بقى تحريمها على عمومه في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٧/١) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « وهنا يوجد فيها نقصان » .

(٥) انظر : المبسوط (١١١/٥) . (٦) بياض في (ص) .

(٧) إن الأمة الكتابية لا يحل للمسلم نكاحها قياسًا على المجوسية . انظر : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) .

(٨) إن القياس على المجوسية في عدم حل الأمة الكتابية لا تأثير له في الأصل ؛ لأن المجوسية لا يحل نكاحها وإن كانت حرة . انظر : البحر الرائق (١٠٢/٣) .

(٩) المراد بالحكم هو : حرمة نكاح المجوسية ، والعلة المختلفة كونها حرة مجوسية أو أمة مجوسية .

[لأن تعليق الحكم بوصف أولى من تعليقه بوصفين .

٢١٨٦٨ - والتعليل بعلة تعم الحرة والأمة] [١] أولى من تعليله بعلة تخص ، والمعنى في المجوسية ما قدمنا [٢] .

٢١٨٦٩ - قالوا : هذا العقد يؤدي إلى استرقاق الكافر للمسلم ، فلا يصح كبيع العبد المسلم من الكافر [٣] .

٢١٨٧٠ - قلنا : عندكم لو كانت أمة لمسلم لم يجز أن يتزوجها ، وإن لم يسترق الولد كافرًا .

٢١٨٧١ - وكذلك لو تزوج أمة قد أيست لم يجز ، وإن لم يؤد العقد إلى ما ذكروه [٤] ، والأصل غير ما ذكروه ؛ لأن بيع المسلم من الكافر جائز ويجبر على بيعه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن حرمة النكاح من المجوسية كونها لا كتاب لها ، بخلاف الأمة الكتابية فهي ممن لها كتاب . فجاز نكاحها قياسًا على الحرة من أهل الكتاب . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٣) إن نكاح المسلم أمة الكتابي يؤدي إلى استرقاق الكافر المسلم . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) إن الأمة المسلمة يجوز للحر نكاحها بشروط ثلاثة : كونها مسلمة ، وعدم وجود طول الحرة ، وخوف العنت ، كما سبق بيانه .

مسألة ١٠٦١

نكاح الزاني ابنته من الزنا

٢١٨٧٢ - قال أصحابنا : لا يجوز للزاني أن يتزوج ابنته من الزنا (١) .

٢١٨٧٣ - وقال الشافعي : يجوز أن يتزوجها (٢) .

٢١٨٧٤ - وزعم أصحابه : أن بنت الملاعنة يجوز أن يتزوجها على أحد الوجهين (٣) .

٢١٨٧٥ - ومن أصحابه من قال : بنته من الزنا تحرم عليه ، [لأنه وطئ أمها ، كما

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦١/٢) ، المبسوط (٢٠٦/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٩١/٣) ، البحر الرائق (١٩٣/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٢/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيباني (٣٦٩/٣) ، يقول السرخسي : « إن زنا ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرم عليه تزوجها عندنا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله بنصه في : الأم (١٥٣/٥) ، المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢٢١/١٦) ، مغني المحتاج (١٧٥/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٠١/٤) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٧٦/٦) ، وفيه يقول : ومن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، ولا نكاح أمها وابنتها .

وللمالكية روايتان : إحداهما : عدم جواز النكاح بابنته من الزنا كقول أبي حنيفة رحمه الله ، والأخرى : يجوز ، كقول الشافعي رحمه الله وهي المشهورة في المذهب . بداية المجتهد ٣٤/٢ ، وفيه يقول : وأما مالك ، ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي إنه لا يحرم .

وأما الحنابلة : فيرون أنه لا يجوز للزاني أن يتزوج بابنته من الزنا ، وزادوا على ذلك ، فقالوا : إذا لاط رجل بغلام ، حرمت عليه أمه وبنته ؛ لأنه وطئ في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ، وقال أبو الخطاب : يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج ، يكون فيه روايتان ، والصحيح : أن هذا لا ينشر الحرمة . انظر : المغني (٥٧٨/٦) ، حلية العلماء (٣٧٧/٦) وسبب الخلاف بين العلماء كما يقول ابن رشد رحمه الله : هو الاشتراك في اسم النكاح ، أعني في دلالته على المعنى اللغوي والشرعي فمن راعى المعنى اللغوي في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾ قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية ، قال : لا يحرم الزنا . انظر : بداية المجتهد (٣٤/٢) .

(٣) أي : أنه إن أتت امرأة بابنة فنفاها الرجل باللعان ، فإن كان قد دخل بالزوجة ؛ لم يجز له التزويج بابنتها ؛ لأنها بنت امرأة دخل بها ، وإن لم يكن قد دخل بالأم ؛ ففي نكاح الابنة المنفية باللعان وجهان : أحدهما : يجوز له تزويجها ؛ لأنها منفية عنه ، فهي كالابنة من الزنا ، والثاني : لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعا ، بدليل أنه لو أقر بها لحقه نسبها ، والابنة من الزنا لو عاد الزاني فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها . انظر المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٣٧٩/١١) ، حلية العلماء (٣٨٠/٦) .

لا تحرم عليه] (١) بناتها من غيره (٢) .

٢١٨٧٦ - وهذا ليس الصحيح ؛ وإنما تحرم لأنها جزء منه ، ولهذا تحرم على آبائه وأولاده وعلى أخيه ، ولو ملكها عتقت عليه ، والكلام في هذه المسألة تقدم في بنته من الملاعنة ؛ لأنه قول اضطرهم إليه النظر ، وارتكبوا منه أمرًا منكرًا ، وذلك لأنها ولدت على فراشه فحرمت عليه تحريمًا مؤبدًا قبل اللعان ، والتحريم المؤبد لا يزول بعد ثبوته (٣) .

٢١٨٧٧ - فإن قيل : إنما حرمت لثبوت [نسبها] (٤) ، فإذا لاعنها بطل النسب ، فثبت أنها لم تكن محرمة (٥) .

٢١٨٧٨ - قلنا : حكم النسب لم يبطل فيها ، بدلالة أن غير الملاعنة لو ادعى نسبها لم يثبت ، ولو ادعاه الملاعن ثبت لمجرد قوله ؛ فدل أن اللعان لم يبين به أن النسب لم يكن وإنما قطع اللعان الأحكام الثابتة من الميراث والنفقة والانتساب (٦) .

٢١٨٧٩ - فأما التحريم ، فهو حق الله تعالى (٧) لا حق للزوج فيه فلا يرتفع .

٢١٨٨٠ - فأما الكلام في ولد الزنا ، فالدليل على التحريم قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ (٨) . وهذه ابنته في اللغة ، الدليل عليه قول سعد بن أبي وقاص (٩) لرسول الله ﷺ في ابن (١٠) وليدة زمعة : « هو ابن أخي عهد إلى فيه أخي » (١١) وإنما كان من (١٢) الزنا .

٢١٨٨١ - ولأن العرب كانت تستلحق بالنكاح والزنا ، وكانوا يستنجبون الأولاد إذا لم تنجب ولدا لرجل أمر امرأته أن تمكن من نفسها رجلًا يعرف بنجابة الولد ليلحق به ولد نجيب .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٩/٣) .
(٣) انظر : المبسوط (٢٠٧/٤) . (٤) في (م) : [نفسها] .
(٥) انظر : النكت للشيرازي . (٦) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٩/٣) .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٨) سورة النساء : الآية ٢٣ .
(٩) هو الصحابي الجليل سعد بن مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب القرشي ، أبو إسحاق بن أبي وقاص ، أحد العشرة المبشرين بالجنة وآخرهم موتا ، وكان مجاب الدعوة مشهورا بذلك . مات ﷺ سنة (٥٦هـ) وقيل (٥٧هـ) ، ورجح ابن حجر أنه مات سنة (٥٧هـ) . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٣/٢) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض ، باب من ادعى أخا ، أو ابن أخ . انظر : فتح الباري (٥٣/١٢) .
(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢١٨٨٢ – وقالت عائشة : كان نكاح أهل الجاهلية أربعة أنكحة ، وذكرت/ منه الجماعة يجتمعون على امرأة واحدة ، فإذا جاءت بولد ألحقته بمن شاءت منهم ، وإن كان الاسم يتناولها في اللغة . ٢٤٥/أ

٢١٨٨٣ – وإنما الشريعة أسقطت الأحكام الثابتة بينهما على جهة الصلة ، فبقى الاسم بحاله فدخلت في الآية [١] .

٢١٨٨٤ – وقولهم : إنها لا تدخل في قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ ﴾ [٢] ولا في الوصية لولده ؛ ليس بصحيح ؛ لأن الكافرة والمملوكة لا تدخل في هذه [٣] الآية ، وإن كان الاسم يتناولها باتفاق .

٢١٨٨٥ – ولأنها مخلوقة من مائه في الظاهر ، فوجب أن يحرم عليه نكاحها ، كولد أمته [٤] ، [وكما لو] [٥] وجد على فراشه امرأة فوطئها فولدت .

٢١٨٨٦ – فإن قيل : لا نسلم أنها مخلوقة من مائه في الظاهر يجوز أن يكون وطئها غيره أو استدخلت الماء [٦] .

٢١٨٨٧ – قلنا : إذا وطئها عقيب براءة رحمها بالولادة وحيضها ، وجاءت بولد فيما تأتي به النساء فالظاهر أنه منه . ألا ترى أن بهذا الظاهر إن ولدت أمته من مائه ، والظاهر جواز أن يكون وطئها غيره لا يمنع منه ، والأحكام يكفي في ثبوتها الظاهر ؟ [٧] .

٢١٨٨٨ – ومن أصحابنا من قال : فرض الكلام في رجل معه امرأة في سفينة في البحر ، ليس فيها غيرهما وطئها عقيب ولادتها ، ولم يزالا في البحر حتى ولدت [٨] .

٢١٨٨٩ – فإن قيل : المعنى في الأصل [٩] : أن أحكام الولادة ثابتة بينهما ، بدلالة التوارث ، والنسب ، ووجوب النفقة ، وثبوت الولاية ، وهذه الأحكام كلها لا تثبت

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١١٧/٢) . (٢) سورة النساء : الآية ١١ .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٩/٣) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [فإذا] ، وما أثبتناه من كتب الأحناف لاستقامة المعنى .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لا نعلم أنه خلق من مائه ، وإنما حكم بأنه ولده في النكاح من جهة الحكم » .

(٧) لا نسلم أن الأحكام يكتفي بثبوتها للظاهر ، إلى أن قال : قال ابن عبد البر : وقد أجمع أهل الفتوى في الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنى بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز . انظر : فتح الباري (٦١/٩) ، طبعة دار الريان للتراث .

(٨) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٠/٢) .

(٩) ساقطة من (م) .

عندنا في الموطوءة على فراشه ، وهو يظنها امرأته ، ولا في ولد أمته ، إذا لم يعترف بنسبه ، وإنما تصح هذه المعاوضة إذا قسنا [على] (١) الثابتة النسب ، وإذا قسنا على هذا الأصل لم تصح المعاوضة ؛ لأن هذه الأحكام يجوز كلها أن (٢) تنتفي مع بقاء التحريم ، ألا ترى أن ولد الزنا ينتفي نسبه والتحريم بحاله على ما قدمنا ، وأمته الكافرة والمملوكة لا توارث بينه وبينها ، والمملوكة لا تجب نفقتها عليه ولا يلي عليها ، والتحريم ثابت بينه وبينها ، فلما أسقطت الشريعة في ولد الزنا الأحكام التي تثبت على طريقة الصلة بقى التحريم الثابت لحق اللّٰه تعالى ؟ كما أن في غير ولد الزنا تسقط هذه الأحكام والتحريم بحاله ، ولأنها في حكم الجزء منه ، فلم يجز له وطئها كبنت أمته التي وطؤها (٣) .

٢١٨٩٠ - فإن قيل : لا نسلم أنها جزء منه (٤)

٢١٨٩١ - قلنا : إذا اعترف أنها بنته من الزنا ، ولم يحرم عليه عندكم نكاحها مع اعترافه بأنها جزء منه .

٢١٨٩٢ - ولأنه أحد الزانيين ، فثبت التحريم بينه وبين المولود من الزنا ، كالمرأة إذا ولدت ابنًا كان محرمًا عليها (٥) .

٢١٨٩٣ - فإن قيل : لما كانت [أحكام الولادة كلها ثابتة بينهما ؛ ثبت التحريم .

٢١٨٩٤ - قلنا : قد بينا أن هذه الأحكام] (٦) ، تنتفي مع بقاء التحريم ؛ لأنه لا خلاف بيننا أن من ارتضع من (٧) امرأة حرم على زوجها ؛ لأن الزوج سبب في نزول اللبن الذي غذى به (٨) فكونه سببًا في حدوثه وخلقه أولى أن يتعلق به التحريم (٩) .

٢١٨٩٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ (١٠) .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .   (٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر : البحر الرائق (١٩٣/٣) .

(٤) انظر : الإقناع (٤١/٣) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢١/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .   (٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : المبسوط (٢٠٥/٤) ويفهم من كلام الإمام القدوري ﷺ أنه حرم ولد الزنا قياسًا على تحريم الولد من الرضاع المجمع عليه . ولكن نجيب عن ذلك : بأن الولد من الرضاع نسبه إلى غيره مقطوع حتى ولو نفاه والده من الرضاع فثبت التحريم بالإجماع ، أما الولد من الزنا ؛ فنسبه مقطوع بنفيه فلم يحرم . انظر : حلية العلماء (٣٨٠/٦) .   (١٠) سورة النساء : الآية ٢٤ .

٢١٨٩٦ – قلنا : هو بعد قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ (١) ، وقد بينا أن هذه ابنته في اللغة .

٢١٨٩٧ – وقد استعمل ذلك في الشرع أيضًا ، بدلالة قوله ﷺ في امرأة هلال بن أمية (٢) : « إن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سحماء » (٣) .

٢١٨٩٨ – ولا يقال : يجوز أن يكون وطئها بشبهة ؛ لأن هذه الآية نزلت لما قذفها هلال به ، فقالت : إلا أن يجلد هلال بن أمية ، وتبطل شهادته في المسلمين .

٢١٨٩٩ – قالوا : حكم ثبت بينه وبين البنت الثابتة النسب منه ؛ فوجب أن لا يثبت بينه وبين المحمول به من الزنا بسبب فعله ، أصله : الميراث والنفقة (٤) .

٢١٩٠٠ – قلنا : نقول بموجب العلة ؛ لأن التحريم لايثبت عندنا بينهما بسبب فعله ، وإنما ثبت ؛ لأنها مخلوقة من مائه ، وهذا فعل اللّٰه تعالى .

٢١٩٠١ – فإن أسقطوا هذا الوصف انتقضت العلة بمن زنى بأمه فولدت بنتا ، والمعنى في الميراث والنفقة : أنه لا يثبت بينه وبين ابنته الكافرة المملوكة ، جاز أن يثبت بينه وبين بنته من الزنا (٥) .

٢١٩٠٢ – قالوا : تحريم النكاح حكم (٦) يتعلق بالولادة ، فوجب أن لا يتعلق بماء الزاني ، أصله : النفقة والولاية ، والميراث ، ورد الشهادة ، وذوى القصاص ، وثبوت النسب .

٢١٩٠٣ – قالوا : ونريد بالولاية التولد (٧) من الفاعل (٨) .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٢) هو : هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدرًا وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم ، عاش إلى خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٦٠٧/٣) .

(٣) هو : شريك بن عبدة بن مغيث بن الجد بن عجلان البلوى ، حليف الأنصار وسحماء اسم أمه ، وهو الذي قذفه هلال بن أمية بامرأته . وانظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٥٠/٢) ، والحديث أخرجه البخاري ، كتاب التفسير ، تفسير سورة النور باب (٣) ، من حديث عكرمة عن ابن عباس ، فتح الباري (٤٤٩/٨) .

(٤) انظر : شرح السنة للبغوي (٢٦٣/٩) .

(٥) انظر : أحكام القرآن (٢٨٨/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : الأم (١٥٣/٥-١٥٥) .

٢١٩٠٤ - قلنا : التحريم لا يتعلق بماء الزاني متولد الولد من الماء الذي سببه الزنا . فإن أرادوا هذا انتقضت العلة بتحريم الولد على الزانية ؛ لأنه حكم يتعلق بالتولد ويتعلق بتولد ولدها من ماء الزاني .

٢١٩٠٥ - وما ذكروه من ذوي القصاص لا نسلمه ؛ لأنه يعتق عندنا عليه ، وإذا قتله لا يقتص منه ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر .

٢١٩٠٦ - وأما النفقة والولاية : فأحكام الميراث سقط في بنته المملوكة مع ثبوت التحريم ، والنسب سقط في ولد الملاعنة مع ثبوت التحريم (١) .

٢١٩٠٧ - قالوا : الولادة يتعلق بها التحريم للولد على الوالد وعلى ولده ، فلما لم يثبت التحريم في مسألتنا على ولد الزاني وأخته ، لم يثبت التحريم في حقه (٢) .

٢١٩٠٨ - قلنا : هذا غير مسلم ، وكل من يحرم عليه الولد الثابت النسب يحرم عليه هذا الولد .

٢١٩٠٩ - قالوا : لو أرضعت الزانية بلبنها بنتًا ؛ لم تحرم على الزاني (٣) .

٢١٩١٠ - قلنا : هذا غير مسلم .

٢١٩١١ - قالوا : يجوز للزاني دفع زكاته إليها .

٢١٩١٢ - قلنا : لا نسلم ذلك ، ولا يجوز دفع زكاته إلى ولده من الزنا .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٢٠) .

(٢) انظر : الأم (٥/١٥٦) ، والمهذب (٢/٥٥) .

(٣) انظر : المهذب (٢/٥٦) .

إعفاف الابن أباه

٢١٩١٣ – قال أصحابنا : لا يجب على الابن إعفاف أبيه (١) .

٢١٩١٤ – وقال الشافعي في الدعوى : يجب عليه إذا احتاج أبوه إلى الوطء أن يزوجه أو يشتري له جارية .

٢١٩١٥ – قالوا : وله قول آخر أنه لا يلزمه (٢) .

٢١٩١٦ – لنا : أن ما لا نخاف التلف لفقد جنسه ، لا يجب عليه لأبيه كشراء الطبيب .

٢١٩١٧ – ولأن الأب لا يلزمه ذلك لابنه ؛ فلا يجب على الابن لأبيه ، أصله : ما ذكرنا .

٢١٩١٨ – ولا يقال : إن الابن يلزمه لأبيه مالا يلزم الأب له ، ولهذا لا يقتص (٣) منه .

٢١٩١٩ – ولأن حرمة الأب آكد من حرمة الابن ؛ وذلك لأن تأكد الحرمة جعل الولد كأعضاء الأب ، حتى لا يقتص منه ، فكذلك حرمته في حق الابن ؛ فجعل كالابن، فلا يجب عليه مالا يجب على نفسه لنفسه .

٢١٩٢٠ – ولأن الإعفاف كما لم يلزم الابن لنفسه لم يلزمه لأبيه ، كالتمكين من المال ، وعكسه : الطعام ، والكسوة . ولأنه أحد الوالدين ، فلا يجب على الابن إعفافه، كالأم (٤) .

---

(١) انظر : قول الأحناف في المبسوط (١٢٢/٥) ، وفيه يقول : « وعلى الابن أن يعف أباه فيستغني به عن نكاح الأمة ولكن هذا ليس بصحيح » .

(٢) انظر : قولي الشافعي رحمه الله في : مغني المحتاج (٢١١/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٦٩/٣) ، الأم : كتاب الدعوى ، باب دعوى الولد (٢٥٠/٦ ، ٢٥١) ، نهاية المحتاج (٣٢٢/٦) . ويرى الإمام مالك رحمه الله : أن الابن لا يلزمه إعفاف أبيه ، كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله . وللحنابلة روايتان : أظهرهما : أنه يلزمه ذلك ، والأخرى : لا يلزمه . انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح ، لابن هبيرة الحنبلي (١١٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يقتضي] ، ولا وجه له .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٢/٥) .

٢١٩٢١ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ (١) .
وبقوله : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ (٢) .

٢١٩٢٢ – قلنا : نطقه لا دلالة فيه ، ومفهومه أنه لا يدخل عليهما ضرر ، وترك التزويج ليس هو إدخال ضرر من جهة الابن ، وإنما هو بعقد ما يتوصل به إلى ذلك ، يبين ذلك : أنه ذكر الوالدين ، ثم لا يجب عليه إعفاف أمه بتزويجها ؛ فعلم أن المراد به ما ذكرنا (٣) .

٢١٩٢٣ – قالوا : لأنه مما يحتاج إليه الأب حاجة شديدة ويلحقه ضرر بفقده ، فصار كقوته وكسوته (٤) .

٢١٩٢٤ – قلنا : يبطل بفقد الطيب لمن ألف ذلك ويلحقه ضرر بفقده ، وبفقد الملابس الفاخرة ، والأطعمة اللذيذة ، والمعنى في الأصل : أنه يلزمه لنفسه (٥) فجاز أن يلزمه لأبيه ، والنكاح لا يلزمه لنفسه (٦) إن احتاج إليه ، كذلك لا يلزمه لأبيه (٧) .

---

(١) سورة لقمان : الآية ١٥ . (٢) سورة الإسراء : الآية ٢٣ .
(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : من لزمه نفقته لم يلزمه إعفافه ، كالأم والابن » .
(٤) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه معنى تفتقر إليه النفس غالبا ، فجاز أن يلزم الابن كفاية أبيه ، كالنفقة والكسوة » . (٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) ساقطة من (ص) . (٧) انظر : المبسوط (١٢٣/٥) .

مسألة ١٠٦٣

نكاح الأب جارية ابنه

٢١٩٢٥ – قال أصحابنا : يجوز للأب أن يتزوج جارية ابنه [١] .

٢١٩٢٦ – وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢١٩٢٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ [٣] ، ولم يفصل .

٢١٩٢٨ – وقوله : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [٤] .

٢١٩٢٩ – ولأنه لا ملك له في رقبتها ، ولا هي موقوفة على ملكه ، كجارية الأجنبي .

٢١٩٣٠ – ولا يلزم : الجارية المشتركة ؛ لأن له فيها ملكًا .

٢١٩٣١ – ولا يلزم : جارية المكاتب ؛ لأنها موقوفة على ملك المولى .

٢١٩٣٢ – ولأنه عقد يتناول المنفعة ؛ فجاز أن يعقده الأب مع الابن ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطء ؛ فجاز أن يعقده الأب في جارية الابن ، كالشراء .

٢١٩٣٣ – ولأن كل حرين يجوز لأحدهما أن يتزوج جارية الآخر ، يجوز للآخر أن يتزوج جاريته ، كالأخوين .

٢١٩٣٤ – ولأن شبهة الأب لو منعت التزويج منعت الابن الوطء كشبهة المولى في مال المكاتب [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (٥/١٢٢) ، مجمع الأنهر (١/٣٦٨) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤٧) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٣٤ ، ٢٣٥) ، البحر الرائق (٣/١٠٥) ، يقول الإمام السرخسي : « وإذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا » .

(٢) انظر قول الشافعي في : المهذب (٢/٥٩) ، المجموع (١٦/٢٤٠) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٦/٢٩٣) ، يقول الشيرازي في المهذب : « ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه » . ويرى مالك وأحمد رحمهما الله أنه لا يجوز للأب أن يتزوج جارية ابنه ، كما هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (٢/١٣١) ، المغني لابن قدامة (٦/٦١٠) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٢/١٠٣) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ . (٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٤٧) ، وفيها يقول : « الأصل عندنا أن كل وطئ يحل بملك يمين يحل بنكاح ، وما لا فلا » .

٢١٩٣٥ - فإن قيل : المكاتب إنما لا يطأ لضعف [١] ملكه ، والوطء بالملك لا يستباح إلا بملك قوي [٢] .

٢١٩٣٦ - قلنا : شبهة كل واحد من الشريكين تمنع الآخر من الوطء ، وإن قوي الملك [٣] .

٢١٩٣٧ - احتجوا : بقوله « أنت ومالك لأبيك » [٤] .

٢١٩٣٨ - قلنا : هذا متروك الظاهر باتفاق ، فإذا سقط ظاهره حمل على جواز أخذه ما يحتاج إليه من ماله .

٢١٩٣٩ - قالوا : جارية له فيها شبهة ملك تسقط الحد ، فوجب أن تمنع التزويج كجارية مكاتبه [٥] .

٢١٩٤٠ - قلنا : جارية المكاتب موقوفة على ملك المولى ، بدلالة : أن الملك فيها غير مستقر فإما أن يستقر للمولى بالعجز ، أو للمكاتب بالعتق ، فصار حق أحدهما كحق الآخر ، فلم يجز لأحدهما تزويجها ، كالجارية بين الشريكين ، وفي مسألتنا ملك الابن فيها مستقر ، وشبهة الأب جواز التصرف عند الحاجة ، وذلك لا يمنع التزويج كشبهة الابن في مال الأب ، وكشبهة العبد في مال مولاه [٦] .

٢١٩٤١ - قالوا : لو وطئها ثبت نسب ولدها بالاستيلاد ، [فصار كالجارية المشتركة [٧] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ويخالف أمة المكاتب ، فإن ملك المكاتب عليها غير تام ، وملك الأب تام على أمته يملك وطئها » .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : لو منعت شبهة الأب نكاحها لمنعت المالك من وطئها ، كأمة المكاتب » .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٩/٢) ، وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب الرجل يأكل من مال ولده (٢٥٩/٢) ، وابن ماجه في كتاب التجارات ، باب مال الرجل من مال ولده من طريق جابر (٧٦٩/٢) ، والطبراني في الكبير عن سمرة (٢٧٨/٧) ، وقال أبو حاتم : فيه عبد الله بن إسماعيل الجوداتي ، وهو لين ، وبقية رجاله ثقات . ووجه الدلالة من الحديث : هو أن للأب شبهة في مال ابنه ، بدليل : أنه يجب عليه إعفافه ، فصارت كجارية نفسه . انظر المجموع (٢٤٠/١٦) .

(٥) انظر : المهذب (٥٩/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « وقالوا : لو منعت شبهة الأب نكاحها لمنعت المالك من وطئها ، كأمة المكاتب » .

(٧) انظر : المهذب (٦٩/٢) .

٢١٩٤٢ - قلنا : النسب والاستيلاد] [1] إنما ثبت لأن الأب ثبت له حق في مقدار حاجته من مال ولده ، وبه إلى ثبوت النسب حاجة متى وطئها بغير نكاح ، فأما الجارية المشتركة ؛ فلو تزوجها لاجتمع ملك اليمين مع النكاح/ ، وهما لا يجتمعان ، وفي ٢٤٥/ب مسألتنا : الأب لا يملك الجارية ، ولا هي موقوفة على ملكه ، فصار كجارية الغنى [2] .

٢١٩٤٣ - قالوا : عندنا يجب عليه أن يعقد ، فيصير الأب قادرًا على تزوج حرة ، فلا يجوز [3] أن يتزوج أمة [4] .

٢١٩٤٤ - قلنا : الابن مخير : إن شاء زوجه حرة ، وإن شاء ملكه أمة عندكم ، فلا يكون قادرًا على تزويج حرة ، ولو كان كذلك ؛ فقد بينا أن هذا المعنى لا يمنع من تزويج الأمة [5]

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : لا يملكها ولا هي موقوفة على ملكه ، فأشبه جارية الأب » .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) .

سقوط المهر بقتل الزوجة نفسها

٢١٩٤٥ – قال أصحابنا : إذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها [١] .

٢١٩٤٦ – وقال أصحاب الشافعي : فيه وجهان ، أحدهما : أنه يسقط المهر .

٢١٩٤٧ – قالوا : ولو قتل المولى أمته سقط مهرها ، كقول أبي حنيفة [٢] ، وإن قتلت الأمة نفسها سقط مهرها [٣] .

٢١٩٤٨ – لنا : أنها فرقة حصلت بموتها فلا يسقط ما وجب لها من مهرها ، كما لو ماتت حتف أنفها ، والدليل على أن القتل موت : أنه موت بسبب ، وذلك [٤] لا يخرجه أن يكون موتًا ، ألا ترى أنه لو قال : إذا مت فأنت حر ، فقتل عتق ؛ لأن القتل موت بصفة ؟ .

٢١٩٤٩ – ولا يلزم المولى إذا قتل أمته ؛ لأنا قلنا : فلا يسقط ما وجب لها من المهر، وهناك لم يجب لها المهر ، وإنما وجب للمولى .

٢١٩٥٠ – ولأن قتلها نفسها لا يتعلق به حكم من أحكام القتل في أحكام الدنيا ، فجرى ذلك مجرى الموت .

٢١٩٥١ – ولا يلزم : إذا قتلت الأمة نفسها ؛ لأن ذلك يسقط مهرها في إحدى الروايتين .

---

(١) انظر : قول الأحناف في : المبسوط (١١٥/٥) ، مجمع الأنهر (٣٦٦/١) ، حاشية ابن عابدين (١٧٤/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٨/٣ ، ٣٩٩) ، البحر الرائق (١٩٨/٣ ، ١٩٩) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٧٦/٢) يقول السرخسي : ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر قولي الشافعية في : مختصر المزني ص ١٦٧ ، المهذب (٧٥/٢) ، المجموع (٣٥٣/١٦) ، مغني المحتاج (٢١٨/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٧٤/٣) ، نهاية المحتاج (٣٣٢/٦) . ويرى المالكية : أنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول توارثا ولا صداق للمرأة ، كأحد قولي الشافعية . انظر : قول المالكية في : الإشراف على مسائل الخلاف ، للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٨/٢) – والكافي في فقه أهل المدينة للإمام ابن عبد البر (٥٥٣/٢) ويرى الحنابلة : عدم سقوط المهر ، كقول الأحناف انظر : المقنع (٨٨/٣) ، المغني (٧٥٢/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١٩٥٢ – ولا يلزم : إذا قتلت مولاها ؛ لأن حكم القتل يتعلق [١] بقتله ، وهو الكفارة .

٢١٩٥٣ – ولأن قتل الإنسان نفسه لا يسقط حقوقه الثابتة له [٢] على الناس ، أصله : سائر الديون .

٢١٩٥٤ – ولا يلزم : المولى إذا قتل أمته ؛ لأن قتل الإنسان غيره يجوز أن يسقط حقوقه ، بدلالة : ميراثه من المقتول ؛ لأن المستحق للبدل إذا منع المبدل قبل التسليم ؛ قام مقام قوله : أبرأت [من البدل ، ومعلوم أنها تمنع نفسها في آخر أجزاء حياتها وهي مريضة في تلك الحال] [٣] فلا يصح إبراؤها لوارثها .

٢١٩٥٥ – ولهذا نقول : إن المولى إذا قتل أمته سقط مهرها ؛ لأن منعه لها كإبرائه من المهر ، وإبراؤه للزوج صحيح [٤] .

٢١٩٥٦ – فإن قيل : فيجب إذا كان زوجها عبدًا أن يصح إبراؤها له ؛ لأنه غير وارث .

٢١٩٥٧ – قلنا : الحالة التي تصير مانعة أضيق من أن يتصور فيها لفظ البراءة ، فإذا لم تتم البراءة لم يسقط المهر .

٢١٩٥٨ – احتجوا : بأنها فرقة وقعت من جهة الزوج قبل الدخول بها ، فوجب أن يسقط مهرها قياسًا على ردتها ، وإذا أرضعت الزوجة قبل الدخول زوجة لزوجها صغيرة [٥] .

٢١٩٥٩ – قلنا : في كل واحد من هذين الموضعين استحقت نصفها على زوجها قبل الدخول ، بدلالة : أنه عاد إلى ملكها وجاز تصرفها فيه ، فلذلك سقط بدله ، وفي مسألتنا لم تستحق بالبضع ولم يعد إليها ، وإنما جنت على نفسها ، وجناية الإنسان على نفسه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا ، فصارت كالموت [٦] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين ١٧٤/٣ ، البحر الرائق (١٩٩/٣) .

(٥) انظر : المهذب (٧٥/٢) . (٦) انظر المبسوط (١١٥/٥) .

مسألة ١٠٦٥

إجبار السيد عبده على النكاح

٢١٩٦٠ – قال أصحابنا : يجوز للمولى إجبار عبده على النكاح ، وروي عن أبي حنيفة .

٢١٩٦١ – قال أصحابنا في غير الأصول : إنه لا يملك ذلك [١] .

٢١٩٦٢ – وبه قال الشافعي واختلف أصحابه في العبد الصغير ، فمنهم من جوز إنكاحه ، ومنهم من منع ذلك [٢] .

٢١٩٦٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [٣] ، فلم يشترط فيه الإذن [٤] .

٢١٩٦٤ – فإن قيل : ذكر الأيامى لا يجوز تزويجهن إلا بإذنهن [٥] .

---

(١) انظر : قول الأحناف في : المبسوط (١١٣/٥) ، مجمع الأنهر (٣٦٩/١) ، حاشية ابن عابدين (١٧٢/٣) ، البحر الرائق (١٩٧/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) . يقول السرخسي : وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٥/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، حلية العلماء (٣٩٢/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٢٣/٤) ، المحلى لابن حزم (٥٥/١١) مسألة رقم (١٨٣٨) . يقول القفال الشاشي : « فأما العبد البالغ ، فهل يملك مولاه تزويجه بغير رضاه ، فيه قولان : قال في القديم : يملك وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وقال في الجديد : لا يملك . ويرى المالكية : إجبار السيد عبده على النكاح كقول أبي حنيفة . انظر : بداية المجتهد (٩/٢) ، وفيه يقول : « واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده ، والوصي محجوره البالغ ، أم ليس يجبره ، فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح » اهـ . ويرى الحنابلة أن السيد لا يملك إجبار عبده على النكاح كقول الشافعية انظر المغني (٥٠٦/٦) ، وفيه يقول : « ومن زوج عبده وهو كاره ؛ لم يجز ، إلا أن يكون صغيرا » اهـ . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو هل نكاح العبد من حقوق السيد أم لا ، فمَن قال : من حقوقه قال : يجبره ، ومن قال : ليس من حقوقه بل هو من حقوق العبد قال لا يجبره . انظر بداية المجتهد (٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ وما بين القوسين ساقط من (ج) ، (د) .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم (٥٦/١١) .

(٥) أي : أن الأمر بإنكاحه يختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى ، وإنما يزوجهن عند الطلب ، ومقتضى الأمر الوجوب ، وإنما يجب تزويجه عند طلبه . انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

٢١٩٦٥ - قلنا : الظاهر يقتضي أن نكاحهن لا يقف على الإذن ، إلا إذا انصرفنا عن الظاهر بدلالة .

٢١٩٦٦ - ولأنه معنى لا يملكه العبد من نفسه وهو مما يملك ، فملكه المولى عليه كإجارته وبيعه ؛ لأنه يملك بيع رقبته بحق ملكه فيملك تزويجه كالأمة .

٢١٩٦٧ - ولأن كل عقد يملكه من مملوكته ومن عبده ، أصله : الإجارة (١) .

٢١٩٦٨ - ولأن النكاح من مصالح الدين والدنيا ومصالح العبد لا يفتقر المولى إلى إذن العبد فيها ، كالحجامة والفصد وشرب الدواء (٢) .

٢١٩٦٩ - احتجوا : بأنه عاقل مكلف ؛ فلا يجوز تزويجه بغير إذنه ، كالحر (٣) .

٢١٩٧٠ - قلنا : التكليف والعقل موجودان في الأمة ، ويجوز إجبارها على النكاح (٤) .

٢١٩٧١ - ولأن الحر لما ملك تزويج نفسه تولي حكمه في النكاح ، وفي مسألتنا : العبد لا يملك التزويج فجاز أن يملك عليه .

٢١٩٧٢ - ولا يلزم : المكاتب ؛ لأنه يملك تزويج أمته (٥) .

٢١٩٧٣ - قالوا : من ملك الطلاق لم يجز تزويجه بغير إذنه ، كالحر (٦) .

٢١٩٧٤ - قلنا : ملكه الطلاقَ لَـمَّا لم يدل على ملكه للعقد لم يدل على أنه لا يجبر عليه ، والمعنى في الحر : أنه لا يُولَّى عليه في عقد الإجارة ، فلم يول عليه في عقد النكاح والعبد بخلافه (٧) .

٢١٩٧٥ - قالوا : [إذا كان يملك الطلاق] (٨) فلا فائدة في تزويجه مع كراهيته ؛

---

(١) قياس نكاح العبد على إجارته قياس مع الفارق ؛ لأن النكاح يفارق الإجارة ؛ لأنها عقد على منافع بدنه ، وهو يملك استيفاءها ، وكذلك قياس إجباره على النكاح على إجبار الأمة قياس مع الفارق ؛ لأن الأمة يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد . انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٧/٣) .

(٣) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن الأمة يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩٧/٣) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا : هو أن من ملك الطلاق في الحال لم يجبر على النكاح كالحر » .

(٧) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٢/٣) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

لأنه يطلقها في الحال (١) .

٢١٩٧٦ - قلنا : بل فيه فائدة صحيحة ، وهي أن المولى مندوب إلى أن يعف مملوكه من الزنا فإذا زوجه فقد فعل ما ندب إليه ، وإذا طلقها العبد لم يفت غرض المولى فيما قصد من الفرقة على أنه تزوج أمته مع كراهتها ، وإن لم يؤمن أن ترتد قبل الدخول فتقع الفرقة (٢) .

٢١٩٧٧ - فإن قالوا : إنها لا تملك ذلك (٣) .

٢١٩٧٨ - قلنا : معنى قولكم : لا تملك أنه محظور عليها ، فكذلك نقول : إن العبد إذا زوجه مولاه فمحظور عليه أن يطلقها .

٢١٩٧٩ - قالوا : المولى بالنكاح يملك عقدة الاستباحة بمهر يكتبه في ذمته ، كما لو ابتاع له شيئًا (٤) .

٢١٩٨٠ - قلنا : إذا ابتاع له شيئًا بإذنه لم يصح ؛ لأن الثمن يلزم المولى بالعقد ، ثم يصير له على عبده دينًا ، والمولى لا يثبت له على عبده دين (٥) .

٢١٩٨١ - قالوا : فإذا لم يجز بإذنه ، لم يخبر بغير إذنه ، وليس كذلك النكاح ؛ لأنه يجوز أن يعقده على عبده بإذنه واكتسابه له فجاز أن يعقده بغير إذنه ، على أن المولى يعقد لعبده النكاح بمهر يكتبه في رقبته وهي ماله (٦) ، فكأنه عقد بمال نفسه .

٢١٩٨٢ - قالوا : المولى لا يعقد على أمته النكاح بالولاية ، وإنما يعقد على ملك نفسه ، وهو لا يملك من عبده ما يملكه من أمته ، فلا يجوز عقده عليه (٧) .

٢١٩٨٣ - قلنا : هو يعقد على ما يملك في الوجهين ، فيعقد [على الأمة على منافع يملكها بعوض يخلصه لنفسه] (٨) ، ويعقد في عبده على مهر يثبت في رقبته ، وهو يملكها فحصل بذلك المال لاستباحة العبد العقد في المعقود عليه (٩) ، ملكه في الوجهين ، وإن حصل للعبد استباحة لا يملكها (١٠) .

---

(١) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : حلية العلماء (٣٦٢/٦) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : الأمة التي يزوجها السيد لعبده هي : أمته .

(٧) المغني لابن قدامة (٥٠٧/٦) .

(٨) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٩) انظر : المبسوط (١١٣/٥) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن تزويج الأمة عقد للمولى ؛ لأنه يملك به المهر والنفقة وتزويج العبد عقده لتمليك العبد .

(١٠) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

مسألة ١٠٦٦

إجبار السيد أم ولده على النكاح

٢١٩٨٤ - قال أصحابنا : يجوز للمولى إجبار أم ولده على النكاح (١) .

٢١٩٨٥ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢١٩٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ (٣) ، وهذه أمته .

٢١٩٨٧ - ولأنه يملك وطئها بحق الملك ، كالمدبرة .

٢١٩٨٨ - ولأنه عقد يتضمن المنافع فملك أن يجبر أم ولده عليه ، أصله : الإجارة .

٢١٩٨٩ - ولأنه يملك بدل بضعها كالأمة القن .

٢١٩٩٠ - [ولأن من ملك إجباره على الإجارة ملك إجباره على النكاح ، كالأمة القن] (٤) .

٢١٩٩١ - احتجوا : بأنها يثبت لها حق الحرية ، كالمكاتبة (٥) .

٢١٩٩٢ - قلنا : المكاتبة لا يملك إجبارها على الإجارة فلم يملك إجبارها على النكاح ، ولما ملك إجبار أم ولده على الإجارة كذلك النكاح .

---

(١) انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) ، مجمع الأنهر (٣٦٩/١) ، شرح فتح القدير (٣٩٧/٣) ، المبسوط (١١٣/٥) .

(٢) للشافعي رحمه الله في المسألة قولان نص عليهما ابن المنذر ، وابن هبيرة ، يقول ابن المنذر : « واختلفوا في إكراه الرجل أم ولده على النكاح ، فكان ربيعة يكره أن يزوجها بغير إذنها ، وبه قال الشافعي [رحمه الله] إذ هو بالعراق ، وقال : هو مفسوخ ، وكذلك قال بمصر ، وقال مرة : له أن يزوجها ، وقال مالك آخر مرة : ليس له أن يزوجها » انظر : الإشراف لابن المنذر (١٢٣/٤) . وللإمام : مالك رحمه الله روايتان : أشهرهما : ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها . أما الحنابلة ، فإنهم يرون أن للسيد إجبار أم ولده على النكاح ، كالأمة القن ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : قول المالكية والحنابلة في : المغني لابن قدامة (٥٠٥/٦) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٨/٢) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٢٣/٤) ، الكافي (٥٤٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢

(٤) أي : أن أم الولد لا يجبرها سيدها على النكاح قياسًا على المكاتبة بجامع ثبوت حق الحرية لكل منهما . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٩٩٣ - ولأن المكاتبة خرجت عن يده بالعقد ، فصارت كالأجنبية ، ولهذا لا يستحق بدل بضعها ، وفي مسألتنا بخلافه [١] .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) .

مسألة العزل

٢١٩٩٤ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجوز أن يعزل عن الزوجة الأمة إلا بإذن مولاها .

٢١٩٩٥ - وقال أبو يوسف : بإذنها (١) .

٢١٩٩٦ - وقال الشافعي : له أن يعزل عنها بغير إذن أحد (٢) .

٢١٩٩٧ - لنا : أنها زوجة ، فلا يجوز أن يعزل عنها إلا بإذن ، كالحرة .

٢١٩٩٨ - ولأن المولى له حق في أولادها لأنه يملكهم ، كما أن الحرة لها حق في أولادها [من الحضانة ، فإذا لم يجز إسقاط حق الحرة عن الولد إلا بإذنها] (٣) كذلك حق المولى (٤) .

٢١٩٩٩ - احتجوا : بأنها أمة فجاز العزل عنها بغير إذن ، كأمته (٥) .

٢٢٠٠٠ - قلنا : أمته لا حق له في ولدها ؛ لأنه لا يثبت لها فيه حضانة ، فالحق

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢/٣٣٤) ، مجمع الأنهر (١/٣٦٦) ، حاشية ابن عابدين (٣/١٧٥) ، البحر الرائق (٣/١٩٩) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤٠٠ ، ٤٠١) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٢/٧٦) ، يقول الكاساني : إذا كانت المرأة أمة الغير فإنه يكره العزل عنها من غير رضًا لكن يحتاج إلى رضاها أو رضا مولاها .

(٢) انظر قول الشافعي ﷺ في : المهذب (٢/٨٥) ، المجموع (١٦/٤٢٢) ، الإشراف لابن المنذر (٤/١٥٦) أما المالكية والحنابلة : فإنهم يرون أنه لا يعزل عن زوجته المملوكة لغيره ، إلا بإذن مولاها كقول أبي حنيفة . انظر قولهما في : الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة (٢/١٤٠) ، المقنع (٣/١٠٣) ، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٦) ، ط دار الفكر بيروت قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها ؛ لأن الجماع من حقها ، ولها المطالبة به ، ووافقه في نقل هذا الإجماع ابن هبيرة الحنبلي ، وكذا أمته المملوكة له . أما إذا كانت الموطوءة زوجته المملوكة لغيره ، فيرى الأحناف والمالكية والحنابلة أنه لا يعزل عنها إلا بإذن المولى ، ويرى الشافعية : أنه يعزل بدون إذن أحد ، وهذا ما نراه راجحًا ؛ لأن الاستمتاع بالأمة حق له لا حق لها فيه . راجع : المجموع (٤٢١/٨٦ ، ٤٢٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤٠١) .

(٥) انظر : المهذب (٢/٨٥) .

للمولى خاصة .

٢٢٠٠١ - وأما الزوجة الأمة ؛ فلمولاها في أولادها حق ؛ فلم يجز إسقاطه إلا برضاه [١] .

* * *

(١) انظر : البحر الرائق (٣/٢٠٠) ، وجواب الشافعية عن ذلك : بأنه إذا كانت زوجته مملوكة للغير ، فأولاده منها يلحقهم الرق ؛ لأن الولد يتبع أمه رقا وحرية ، ودفعًا لهذا العار جاز له أن يعزل عنها بدون إذن أحد ، بالإضافة إلى أنه ربما يستأذنه في ذلك ولا يعزل ؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا الزوج فقط ، وربما لا تشعر الزوجة بذلك .

مسألة ١٠٦٨

طلب العبد النكاح

٢٢٠٠٢ – قال أصحابنا : إذا طلب العبد النكاح لم يجب على المولى تزويجه (١) .

٢٢٠٠٣ – وقال الشافعي : يجب عليه (٢) .

٢٢٠٠٤ – لنا : أنه ملكه فلا يجب (٣) تزويجه كأمته (٤) .

٢٢٠٠٥ – فإن قيل : المولى يملك وطئ أمته ، فلذلك لا يلزمه تزويجها .

٢٢٠٠٦ – قلنا : يبطل بالأمة المجوسية وأخته من الرضاعة .

٢٢٠٠٧ – ولأنه عقد يتضمن المنافع ؛ فلا يجوز للمولى أن يعقده لعبده ، كالإجارة .

٢٢٠٠٨ – ولأن في النكاح ضررًا على المولى ؛ لأن قيمته تنقص ، وتستحق رقبته بالمهر والنفقة ، وما يضر بالمولى لا يلزمه لعبده كعتقه وتدبيره (٥) .

٢٢٠٠٩ – احتجوا : بأنه محجور عليه ، فإذا طلب التزويج وجب تزويجه ، كالمدبر (٦) .

٢٢٠١٠ – قلنا : السفيه عندنا غير محجور عليه [فإذا طلب التزويج] (٧) فلا نسلم الوصف في الأصل ، فلو سلمنا انتقض بالصغير .

٢٢٠١١ – ولأن السفيه له حاجة في النكاح ومنفعة والضرر يلحق بماله ، وأما العبد له منفعة في النكاح والضرر يلحق بمال المولى فلذلك لم يلزمه (٨) .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١٢٥/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٢) ، البحر الرائق (١٩٠/٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٣١٩/٣) .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٥/٥) ، مغني المحتاج (١٧٤/٣) ، المهذب (٤١/٢) ، حلية العلماء (٣٦٣/٦) ، وفيها يقول : « فإن طلب العبد من مولاه التزويج ؛ لم يجبر على إجابته في أصح القولين ، وهو قول أبي حنيفة ، والقول الثاني : إنه يجبر ، وهو قول أحمد » اهـ . ويرى المالكية : أنه ليس بواجب وجوب حتم على أحد أن يزوج عبده أو أمته كما هو مذهب الأحناف . انظر قول المالكية في : كتاب الكافي (٥٤٥/٢) . ويرى الحنابلة : أنه إذا طلب العبد أو الأمة التي لا يطؤها من سيدهما النكاح أجبر السيد على ذلك ، وإذا امتنع أجبره الحاكم . انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن الأمة يملك الاستمتاع بها بخلاف العبد .

(٥) لا نسلم ذلك ؛ لأن العبد كذلك يتضرر من عدم النكاح إذا تاقت نفسه إليه وربما دفعه ذلك إلى الوقوع في المحظور ، فيدفع تضرره بتزويجه ، وليس في تزويجه ضرر لسيده ؛ لأن أولاده سيكونون ملكًا لسيده لا ملكًا له .

(٦) انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(٧) ساقط من (م) .

(٨) انظر : البحر الرائق (١٩٠/٣) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن العبد إذا اشتدت حاجته إلى النكاح ؛ وجب =

مسألة ١٠٦٩

تزويج السيد ابنته من مكاتبه أو ابنه من مكاتبته

٢٢٠١٢ - قال أصحابنا : إذا زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات المولى ، لم يفسد النكاح ، وكذلك لو تزوج الابن مكاتبة أبيه [1] .

٢٢٠١٣ - وقال الشافعي : يبطل النكاح في أحد قوليه [2] .

٢٢٠١٤ - لنا : أن كل حالة يبقى دينها عليه جاز أن يبقى النكاح بينها وبينه . أصله : حال حياة الأب .

٢٢٠١٥ - ولأن الأب زوجها بمن ثبت له حق الحرية من جهته ، فإذا مات لم يبطل نكاحها ، كما لو زوجها بمدبره .

٢٢٠١٦ - ولأنه عقد يتضمن المنافع ، فإذا عقده الأب مع مكاتبه في حق ابنته ثم مات لم يبطل ، أصله : الإجارة .

٢٢٠١٧ - ولأنه مكاتب أبيها بعد موته ، بدلالة : أنه يعتق عنه ويستحق ولاءه ، كما كان مكاتبه/ في حال حياته ، فإذا لم يعقد النكاح في إحدى الحالتين كذلك الأخرى . ٢٤٦/أ

٢٢٠١٨ - والمسألة مبنية على أن رقبة المكاتب لا تنقل إلى الورثة ؛ لأن الموت سبب

= على سيده دفع تلك الحاجة قياسًا على الإطعام والكسوة . انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(١) انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) ، المبسوط (١٢٣/٥) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٣) ، البحر الرائق (١٩٦/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن (٢٦٤/١٣) ، وفيه يقول : قال أبو حنيفة : لا بأس أن يزوج الرجل أمته ابنه ، وابنته من عبده إذا رضيا بذلك إن كانا بالغين ، وإن كانا صغيرين فذلك جائز .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء (١٣٢/٤) ، المهذب (٤٠/٢) ، مغني المحتاج (١٦٥/٣) ، الأم (٢٠/٥) وفيه يقول : « ولو زوج رجل ابنته من عبد له ، أو لغيره لم يجز ؛ لأن العبد غير كفء » اهـ . ويرى المالكية والحنابلة فساد النكاح في الصورتين ، كما هو أحد قولي الشافعية ؛ لأن النكاح والملك لا يجتمعان . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٤٦/٢) ، والمغني (٥٠٨/٦) .

لنقل الملك فلا ينتقل الملك في حياة المكاتب ، أصله : البيع .

٢٢٠١٩ - ولأنه نقل ملك بالموت ، فلا يثبت في المكاتب ، كالوصية .

٢٢٠٢٠ - ولأنه يثبت له حق الحرية ، فلا ينتقل الملك فيه بالموت ، كأم الولد [١] .

٢٢٠٢١ - فإن قيل : الموت آكد في حل الأملاك من البيع .

٢٢٠٢٢ - قلنا : هو كذلك [٢] ، إلا أن السبب المتأكد ينقل ما يحتمل النقل ، فما لا يحتمل النقل بالسبب المتأكد وغيره سواء في امتناع الانتقال ، بدلالة : أم الولد ، والحر [٣] .

٢٢٠٢٣ - فإن قيل : البيع تمليك مبتدأ ، فكذلك ينتقل في المكاتب ، والميراث يخلف الوارث فيه الميت ، فلا ينتقل إليه بذلك ابتداء ، ولهذا يرد على بائعه بالعيب ، إذا قام الوارث مقام المورث فيه ملكه كما كان الميت يملكه .

٢٢٠٢٤ - قلنا : إنما يقوم الوارث مقام الميت فيما يحتمل انتقال الملك ، فأما مالا يحتمل النقل فلا يقوم فيه مقامه ، كما لا يقوم مقامه في منافع بضع امرأته [٤] .

٢٢٠٢٥ - وقد قال أصحابنا [رحمهم الله] : إن الرد بالعيب نقص ، وليس تمليكًا مبتدأ ، وإنما يعود على حكم الملك الأول ، إلا أن ذلك لا يكون فيما يحتمل نقل الملك حتى لو اشترى عبدًا فكاتبه ، ثم اطلع على العيب لم يرده ؛ لأنه صار بحيث لا يحتمل النقل ، وإن لم يكن الرد تمليكًا حادثًا وإنما هو رد بحكم الملك السابق [٥] .

٢٢٠٢٦ - فإن قيل : ينعقد عتقها ، فدل على أنها تملكه [٦] .

٢٢٠٢٧ - قلنا : عتقها براءة من الكتابة فيعتق عن الميت سقوط الدين ، ولهذا لو أعتقه أحد الورثة لم يعتق ؛ لأنه لا يملك إسقاط الدين ، ويدل عليه : أنها لا تملك إعتاقه عن نفسها ، وهي من أهل العتق عن نفسها ، فلو ملكته لجاز عتقه عنها إذا كانت من أهل ذلك [٧] .

---

(١) انظر : كتاب الحجة للإمام محمد بن الحسن (٢١٥/٣) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٣) ، ونجيب عن ذلك : بأنه بمجرد موت الأب تنقل إلى الورثة بعض رقبة المكاتب بالإضافة إلى أن المكاتب غير كفء لها وفي ذلك نقص عليها . انظر : الأم (١٩/٥) .

(٤) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٢٦٧/٣) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٥/٢) . (٦) انظر : المغني (٥٠٨/٦) .

(٧) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) .

٢٢٠٢٨ - فإن قيل : لو كان لرجل ثلاثة أعبد وله ثلاثة بنات فزوج كل عبد بنتًا ، ثم أوصى بعتق أحد عبيده بغير عينه فسدت الأنكحة ، وكل واحدة من البنات لا تملك عتق زوجها عن نفسها .

٢٢٠٢٩ - قلت : هذه المسألة لا رواية فيها ، وإنما قالوا : فيمن له بنت واحدة ، وله ثلاثة أعبد فزوجها من أحدهم ، ثم أوصى بعتق أحدهم بغير عينه ومات بطل النكاح ؛ لأنها تملك إعتاق عبدين عن نفسها ، وبعتق الوصية في الثالث ، ومتى ملكت إعتاق زوجها عن نفسها [فقد ملكته فبطل نكاحها ، ولو كان أوصى أن يعتق زوج بنته ، وله ثلاثة ؛ لم يبطل النكاح ؛ لأنها لا تملك إعتاق زوجها عن نفسها] (١) .

٢٢٠٣٠ - فأما مسألة الالتزام : فإن قلنا : لا تفسد النكاح ؛ سقط السؤال ، وإن قلنا : يفسد النكاح (٢) ؛ فكل واحدة تملك أن تبتدئ وتعتق زوجها عن نفسها ، وتصرف الوصية إلى (٣) الآخرين ؛ فلذلك فسد النكاح ، يبين الفرق بينهما : أن الموت سبب لنقل الملك ، والوصية لم تتعين ، فلما تعين سبب نقل الملك فيه ، وليس هناك مانع معين انتقل ، وفي مسألتنا : وجد سبب النقل وهو الموت ، ونفس السبب المانع من النقل وهو الكتابة فلم ينتقل ، كما لو أوصى بعتق الزوج بعينه (٤) .

٢٢٠٣١ - فإن قيل : هذا يؤدي إلى أن يكون المكاتب مملوكًا لا مالك له .

٢٢٠٣٢ - قلنا : كذلك نقول ، وهو غير ممتنع عندنا ، كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري والتركة إذا كان على الميت دين مستغرق .

٢٢٠٣٣ - وإذا ثبت أن الملك لا ينتقل ، قلنا : ثبت لها حق الملك ، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء ، كالمكاتب إذا اشترى زوجته لم يفسد نكاحها ، ولو أراد أن يتزوج أمته لم يجز ، وكذلك لو اشترى المكاتب زوجة مولاه لم يفسد نكاحها ، ولو تزوج أمة مكاتبه لم يصح ، والعدة حق من حقوق النكاح ، فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٣/٥) . يحاول الأحناف نفي الملك عن المكاتبة التي تزوجها ابن سيدها وعن المكاتب الذي تزوج ابنة سيده ، ولكنا نقول : إن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد ؛ لأنها تعير به ، وتتضرر بسبب النفقة ، ولهذا خيرت بريرة لما عتقت تحت زوجها وكان عبدًا . انظر : المهذب (٤٠/٢) ، حلية العلماء (٣٥٤/٦) ، مغني المحتاج (١٦٥/٣) .

البقاء [١] .

٢٢٠٣٤ - احتجوا : بأن كل من منع من ابتداء النكاح لأجل الرق [٢] منع البقاء عليه ، أصله : العبد القن إذا زوجها عبده [٣] ثم مات [٤] .

٢٢٠٣٥ - قلنا : المعنى فيه : أنه لا يبقى دينها عليه فلم يبق النكاح بينهما ، ولما جاز في مسألتنا أن يبقى دينها عليه ، لم يبطل النكاح بينهما .

٢٢٠٣٦ - ولأن العبد القن تملك إعتاقه عن نفسها فلم يبق النكاح بينها وبينه ، وفي مسألتنا بخلافه [٥] .

* * *

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) .

(٢) في (م) : [الردة] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أنه لا يجوز تزويج المكاتب ابنة سيده ، أو المكاتبة ابن سيدها قياسًا على عدم زواجهما للعبد القن . انظر : المغني (٥٠٨/٦) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٥/٣) .

مسألة ١٠٧٠

إسلام الحربي وتحته أختان أو أكثر من أربع

٢٢٠٣٧ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا تزوج الحربي بعد نزول الأحكام والفرائض أختين أو خمس نسوة ، فإن كان تزوجهن في عقود متفرقة ثم أسلموا ؛ فنكاح الأخت الأولى صحيح ، ونكاح الثانية باطل ، وإن تزوجهما في عقدة واحدة ؛ فنكاحهما باطل ، وكذلك إذا [1] تزوج خمسًا في عقد ؛ فنكاح [الأربع جائز صحيح ، ونكاح الخامسة التي تزوجها آخرًا باطل ، وإن كان تزوجهن في عقدة واحدة ؛ فنكاح الجميع] [2] باطل .

٢٢٠٣٨ - وقال محمد : يختار بعد الإسلام أربعة منهن ، ويختار إحدى الأختين في الوجهين جميعًا [3] .

٢٢٠٣٩ - وبه قال الشافعي ، إلا أن الشافعي شرط في جواز الاختيار أن يسلمن قبل انقضاء عدتهن [4] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣١٤/٢) ، المبسوط (٥٢/٥ ، ٥٣) ، حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) ، شرح فتح القدير (٤١٥/٣) ، البحر الرائق (٢٠٩/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٩٦/٣) .

(٤) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٤٩/٥) ، المهذب (٦٨/٢) ، المجموع (٣٠٣/١٦) ، قليوبي وعميرة (٢٥٧/٣) ، مغني المحتاج (١٩٦/٣) ، الإشراف لابن المنذر (٢١١/٤ ، ٢١٢) . ولقد وافق الشافعية فيما ذهبوا إليه كل من المالكية والحنابلة ، إلا أن مالكا قال : لا يرتفع النكاح في الباقيات إلا بالطلاق . انظر : المدونة (١٨/٢) ، حاشية العدوى (٥٧/٢) ، المغني (٦٢٠/٦) ، حلية العلماء (٤٢٧/٦) . والاختيار : أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء الأربع ، فينفسخ نكاح البواقى ، أو يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقى ، وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختيارا لنكاحها ؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارا ؛ لأنه قد يخاطب به غير الزوج . انظر : المهذب (٥٣/٢) وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو معارضة القياس للأثر . أما القياس : فهو تشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعده . أما الأثر : فهو ما ورد أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له رسول الله - ﷺ : « اختر منهن أربعًا » ، وما ورد أن قيس بن الحارث أسلم على أختين ، فقال له رسول الله ﷺ « اختر أيهما شئت » . انظر : بداية المجتهد (٥٢/٢) .

٢٢٠٤٠ - وذكر بعض أصحابه : أن الحربية إذا أسلمت وقد تزوجت بزوجين ، ففيها وجهان : أحدهما : أنها تخير في أحدهما ، والآخر : لا تخير . ولم ينص الشافعي على هذه المسألة .

٢٢٠٤١ - لنا : ما روى عن عبد اللّه بن بريدة [١] أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشًا أوصى أميرهم ، إلى أن قال : « ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا اللّه وأنى رسول اللّه ، فإن أجابوا فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » [٢] .

٢٢٠٤٢ - ومعلوم أن على المسلمين [٣] إذا تزوجوا أختين أن يفارقوهما ، وإن تزوجوا [٤] إحداهما بعد الأخرى أن يفارقوا الثانية ويمسكوا الأولى ، فكذلك من أسلم من الكفار بظاهر الخبر .

٢٢٠٤٣ - ولأن تحريم الجمع بين الأختين يستوى فيه الابتداء والبقاء ، بدلالة : أنه لا يحل أن يبتدئ العقد عليها ، ولو عقد على صغيرتين أجنبيتين فأرضعتهما امرأة واحدة حرمتا ، والتحريم إذا استوى فيه الابتداء والبقاء ، لم يجز فيه بعد الإسلام التخيير [٥] ، كنكاح ذوات المحارم .

٢٢٠٤٤ - ولأن كل عقد للكافر لا يقر عليه المسلم ، فإذا عقد عليه [٦] الكافر ثم أسلم فإنه يجعل كالمعقود عليه في حالة الإسلام ، أصله : نكاح ذوات المحارم [٧] .

٢٢٠٤٥ - ولا يلزم : إذا تزوج الكافر معتدة ؛ لأنها إن كانت تعتد من مسلم ؛

---

(١) هو : عبد اللّه بن بريدة بن الحُصَيْب الحافظ الإمام ، شيخ (مرو) وقاضيها ، أبو سهل الأسلمي المروزي ، ولد سنة (١٥هـ) ، حدث عن أبيه فأكثر ، وعمران بن الحصين ، وعائشة ، وأم سلمة ، وغيرهم ، وحدث عنه : ابناه صخر وسهيل والشعبي وقتادة ، وثقه ابن معين وأبو حاتم والعجلي ، توفي سنة (١١٥هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٥٠) ، ط مؤسسة الرسالة ، التاريخ الصغير (١/١٦٧) .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب الجهاد والسير ، باب رقم (١) حديث رقم (٣) - والترمذي ، كتاب الجهاد والسير ، باب رقم ٤٧ حديث رقم ١٦٦٦ (ج٣ /٨٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [خرجوا] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : المبسوط (٥/٥٤) . ونجيب عن ذلك : بأن ذوات المحارم ليست محلًا للنكاح ، فلم يقر عليهن بعد الإسلام ، كالخمر والخنزير في البيع ، والخامسة محل النكاح ؛ فجاز أن يقر عليها بعد الإسلام كما لو تبايعا درهما بدرهمين ثم أسلما ، ولأن المفسد في ذوات المحارم هو القرابة ، وهي موجودة بعد الإسلام ، والمقصد ها هنا هو الجمع . انظر : النكت للشيرازي ، كتاب النكاح ، مسألة نكاح المشرك .

فالنكاح باطل ولا يقر عليه بعد الإسلام ، وإن كانت معتدة من كافر ؛ فالعدة غير واجبة عند أبي حنيفة [١] . فلم يتزوجها في عدة .

٢٢٠٤٦ – ولا يلزم : إذا تزوج الكافر بغير شهود ؛ لأن هذا النكاح يقر عليه المسلم عندنا إذا حكم به حاكم .

٢٢٠٤٧ – ولا يلزم : إذا تبايعا الخمس ، ثم أسلما بعد القبض ، أن هذا العقد يقر عليه المسلم ؛ لأنه لا ينتقض بعد الإسلام والتقابض ، ونحن قلنا : كل عقد لا يقر عليه المسلم بعد إسلامه [٢] .

٢٢٠٤٨ – فإن قيل : المعنى في نكاح ذوات المحارم أنه لا يجوز أن يبتدئ به بعد الإسلام فلم يجز أن يخير فيه ، وكل واحدة من الأختين يجوز أن يبتدأ نكاحها بعد الإسلام فيجوز أن يخير فيها .

٢٢٠٤٩ – قلنا : لا يجوز في نكاح الإسلام أن يخير في إحدى الأختين إذا تزوجها بغير عينها ، فإذا تزوجها [حال الشرك] [٣] فهي بعد الإسلام هكذا مبقاه [٤] .

٢٢٠٥٠ – وقولهم : « إن كل واحدة يجوز أن يبتدئ نكاحها [حال الشرك] [٥] فيجوز [٦] البقاء » ؛ يبطل بالكافرة إذا تزوجت بزوجين على الصحيح من مذهبهم ، ولا يجوز أن يبتدئها بعد الإسلام معينة ، وهو يبقى على نكاحها ، وهي غير معينة بعينها بالاختيار .

٢٢٠٥١ – وعلى هذا الوجه لا يجوز أن يبتدئ في الإسلام ؛ لأن هذا العقد يعترض

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٤١٥/٣) ، ونفي الإمام أبو حنيفة العدة عليها ، وقال : يكفي أن تستبرأ بحيضة تمسكًا بظاهر قوله ﷺ : « وكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر » أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، كتاب الطلاق باب ١٩ . ولكن الجمهور قالوا : بل تعتد عدة الحرة ، وأجابوا على أبي حنيفة بأن المراد بقوله ﷺ : « تحيض » أي تحيض ثلاث حيضات ؛ لأنها صارت بإسلامها وهجرتها من الحرائر ، بخلاف ما لو سبيت . انظر : فتح الباري (٤١٨/٩) .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) نجيب عن ذلك : بأن الجمع بين الأختين غير مسلم ، ولئن سلم ، فلأن ذلك لا يعدونه نكاحًا ، فلم يخير فيه ، وهذا يعدونه نكاحًا فخير فيه ، ولهذا أقررناهم على شرب الخمر ولم نقرهم على الزنا . انظر : المهذب (٦٨/٢) .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) ساقط من (م) .

عليه ، لأخذ الزيادة في المعقود عليه ، فيعترض على جميعه ، كما لو باع درهما بدرهمين ثم أسلم قبل التقابض .

٢٢٠٥٢ - ولأنه تحريم جمع فلا يخير فيه بعد الإسلام كما لو تزوجت بزوجين (١) .

٢٢٠٥٣ - فإن قيل : لا نسلم أنه تحريم جمع (٢) وإنما منعت أن تعقد على ملك الزوج الأول .

٢٢٠٥٤ - قلنا : إذا تزوجت بزوجين في عقدة لم يجز ؛ فدل على أن المانع ما ذكرنا ، وهذا الأصل قد دل عليه إجماع الأمة ، إذا كان هذا القول لم يحل الخلاف فيه عند أحد من الفقهاء (٣) .

٢٢٠٥٥ - فإن قيل : المعنى فيه : أنا لو أثبتنا للمرأة الخيار ؛ جعلنا لها أن (٤) تختار الفرقة من غير نقض .

٢٢٠٥٦ - قلنا : فهلا ثبت الخيار للزوجين ؟ (٥) .

٢٢٠٥٧ - فإن قيل : لو خيرنا الزوجين جعلنا لأحدهما إسقاط حق الآخر .

٢٢٠٥٨ - قلنا : إذا تزوج امرأة ، ثم تزوج أخرى ، فجعلنا لها الخيار ، لم يكن في اختيار أحدهما إسقاط حق الآخر ؛ لأنه تعين حق الآخر في الأخرى .

٢٢٠٥٩ - ولأن التحريم حصل بالجمع بين الخمسة ، وقد حصل الجمع ، فكل واحد [يوجب أن يفسد نكاح الجمع ، وأما إذا تزوج أربعة ، ثم الخامسة ؛ فالجمع] (٦) حصل بالخامسة ، فوجب أن يختص التحريم بها ، والتحريم إذا تعين فلا معنى للتخيير في الفصل الأول ، فمنع التحريم فيهن على وجه واحد ، ولا معنى للخيار ، يبين ذلك : أن التحريم يقع في جنسين إذا عدم التعيين ، والأول جنس واحد (٧) .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٢٠٩/٣) . إذا تزوجت بزوجين ، فنكاح الثاني باطل ؛ لأنها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ؛ لأنها لم تملكه جميع بضعها ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان . انظر : المغني (٦٢١/٦) .

(٢) بياض في الأصل.

(٣) انظر : المبسوط (٥٤/٥) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) لا يكون ثبوت الخيار للزوجين ، بل الخيار لا يثبت إلا للزوج فقط ، يقول ابن قدامة : « ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل » . انظر : المغني (٦٢١/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤١٥/٣) .

٢٢٠٦٠ – فإن قيل : التحريم حصل بالخامسة لاجتماعهن ، فيختص الفساد بها [1] .

٢٢٠٦١ – قلنا : بل التحريم بالخمس وبكل واحدة من الخمس ، ولأن التحريم لو حصل بالخمس فكل واحدة هي الخامسة ، إذا لم تتعين [2] .

٢٢٠٦٢ – فإن قيل : بالاختيار يزول الجمع .

٢٢٠٦٣ – قلنا : إذا لم يمنع الاختيار لم يزل إلا بالتفريق .

٢٤/ب ٢٢٠٦٤ – وأما الكلام إذا تزوج/ بأربعة ثم بالخامسة ، أو إحدى الأختين ثم تزوج الأخرى ، فإن الأربع الأول [3] تزوجهن على وجه [لو عقد عليه بعد الإسلام صح ، والخامسة تزوجها على وجه] [4] لا يقر المسلم عليه ، فلا يخير بينهن ، كما لو تزوج بأجنبية ، ثم تزوج بأخته ، وكالكافرة إذا تزوجت زوجًا ، ثم تزوجت آخر ، لم يخير فيها بعد الإسلام [5] .

٢٢٠٦٥ – احتجوا : بما روى ابن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي [6] ، أسلم على عشر نسوة ، فقال له النبي ﷺ : « أمسك منهن أربعًا وفارق سائرهن » [7] .

٢٢٠٦٦ – قلنا : هذا الخبر ذكر أهل العلم بالحديث ، أن معمرًا غلط في حديثين كانا عنده في قصة غيلان بن سلمة أحدهما هذه القصة .

---

(١) انظر : الأم (٥٠/٥) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٣/٥) . ولا نسلم بأن التحريم بالخمس ، وبأن كل واحدة منهن هي الخامسة إذا لم تتعين ؛ لأن الرسول ﷺ قال للحارث بن قيس حين قال : أسلمت وعندى ثمان نسوة ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « اختر منهن أربعًا » فدل ذلك على أنه يختار من شاء منهن ، الأولى والأخرى في ذلك سواء ؛ لأن الأمر قد فوض إليه في الاختيار من غير استفصال . راجع : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٦٧٧/٢) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) .

(٦) هو : غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن عوف بن ثقيف الثقفي يكنى أبا عمر ، أسلم زمن الفتح . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٩٣/٣) – والبداية والنهاية (١٥٧/٧) .

(٧) أخرجه الشافعي : في مسنده ، كتاب النكاح ، الباب الثالث رقم ٤٣ (جـ١٦/٢) وأحمد في مسنده : حديث رقم ٤٦٠٩ ، والترمذي في سننه حديث رقم ١١٣٨ ، وابن ماجه حديث رقم ١٩٥٣ ، والبغوي في شرح السنة ٨٩/٩. وصححه ابن حبان في حديث رقم (١٢٧٧) والحديث بهذا السند في مسنده حديث رقم (٤٦٣١) فليس ما ذكره البخاري قادحًا .

٢٢٠٦٧ – والأخرى في حديثه عن الزهري ، عن سالم [١] ، عن أبيه ، أن غيلان بن سلمة طلق نساءه ، وقسم ماله ، فبلغ ذلك عمر ، فأمره أن يراجع نساءه . [٢] فغلط معمر ، فجعل هذا الإسناد من الحديث الأول ، وإنما إسناد الحديث الأول رواه مالك عن الزهري أنه قال : بلغنا أن رسول الله ﷺ قال لرجل من ثقيف أسلم ، وعنده أكثر من أربع نسوة : « أمسك [منهن أربعًا] [٣] وفارق سائرهن » [٤] .

٢٢٠٦٨ – وروى عقيل [٥] ، عن الزهري أنه قال : بلغني عن عثمان بن محمد بن أبي سويد [٦] أن رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة الثقفي حين أسلم وتحته عشر نسوة : « اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن » [٧] .

٢٢٠٦٩ – فكيف يظن أن الزهري مع علمه بالأسانيد وجلالها في قلبه وتمسكه بها يكون عنده حديث غيلان عن سالم ، عن أبيه ، فيدعه وقت حاجته ، ويتعلق ببلاغ بلغه فيه عن عثمان بن محمد عن أبي سويد عن النبي ﷺ ، فثبت أن أصل الحديث الإرسال [٨] .

٢٢٠٧٠ – ولهذا لم يذكره أبو داود في الباب ، فلا يجوز لهم الاحتجاج به [٩] .

---

(١) هو : سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، يكنى أبا عمر ، أو أبا عبد الله ، أو أبا عبيد الله المدني ، أحد الفقهاء السبعة ، من أفضل أهل زمانه . قال ابن معين : سالم والقاسم حديثهما قريب من السواء ، وقال أحمد وابن راهويه : أصح الأسانيد عن سالم عن أبيه ، مات رحمه الله سنة (١٠٦هـ) وقيل : (١٠٧هـ) ، وقيل (١٠٨هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ٣٣ ، العبر (١٢٧/١) .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، حديث رقم ١٣٨ .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) أخرجه مالك في المدونة (٣٢١/٣) ، وفي الموطأ (٥٨٦/٢) ، باب جامع الطلاق وإسناده منقطع ، وقد وصله الترمذي وابن ماجه ، وغيرهما ، انظر : جامع الأصول في أحاديث الرسول (٥٠٦/١١) .

(٥) هو : عقيل بن خالد الأيلي القرشي الأموي ، مولى آل عثمان بن عفان من متقني أصحاب الزهري ، مات سنة ١٤٢هـ ، ثقة صدوق . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ١٨٣ ، سير أعلام النبلاء (٣٠١/٦) .

(٦) هو : عثمان بن محمد بن أبي سويد ، صحح البخاري روايته لحديث غيلان بن سلمة الثقفي . انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (٢٤٨/٦) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) أصل الحديث الإرسال ؛ لأن ابن أبي عروبة وابن علية ومحمد بن جعفر ويزيد بن زريع من حفاظ أهل البصرة رووه هكذا موصولًا ، كما رواه : عبد الرحمن بن المحاربي ، وعيسى بن يونس من أهل الكوفة عن معمر موصولًا ، كما رواه أبو الفضل بن موسى ، وهو خراساني عن معمر موصولا . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (١٨٢/٧ ، ١٨٣) .

(٩) مما سبق تبين لنا : أن حديث غيلان الثقفي اختلف في إرساله ووصله عن معمر وطرق الوصل عنه ضعيفة معلولة كما نص على ذلك ابن عبد البر ، والرواية المرسلة عنه أصح ، يقول الحافظ ابن حجر : قال ابن أبي =

٢٢٠٧١ – وقد روي في هذا الباب [١] حديث [٢] ابن أبي ليلى [٣] ، عن حميضة ابن الشمردل [٤] ، عن الحارث بن قيس [٥] ، قال : أسلمت وعندي ثماني نسوة ، فأمرني رسول الله ﷺ أن أختار منهن أربعًا [٦] .

٢٢٠٧٢ – وابن أبي ليلى ، قد نسبه الدارقطني في كتابه إلى قلة الضبط [٧] وحميضة مجهول [٨] وروى فيه حديث الضحاك بن فيروز الديلمي [٩] ، عن أبيه قال :

= حاتم عن أبيه : وأبي زرعة : المرسل أصح . ونحن نقول : إذا كان المرسل أصح ، فلم لا يجوز الاحتجاج به ، وإذا كان أبو داود لم يذكره في الباب ، فلقد ذكر نحوه عن الحارث بن قيس ، وهذا مما يقوي حديث غيلان ويعضده – والله أعلم – انظر : تحفة المحتاج لابن الملقن (٣٧١/٢) ، الناشر دار حراء للنشر والتوزيع .

(١) في (م) : [الخبر] . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الكوفي ، قاضي الكوفة ، وأبو ليلى اسمه يسار . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٨٣/٦) .

(٤) هو : حميضة بن الشمردل الأسدي الكوفي ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال البخاري : فيه نظر ، وذكره العقيلي ، وابن الجارود في الضعفاء ، وفي سنن ابن ماجه بنت الشمردل ، وجميع كتب التراجم ابن الشمردل . انظر : تهذيب التهذيب ٤٩/٣ ، الكامل في الضعفاء (٤٣٦/٢) .

(٥) ذكر البيهقي حديثا عن الحارث بن قيس ، ثم ذكره من وجه آخر ، وفيه قيس بن الحارث ، ثم ذكره عن قيس بن عبد الله بن الحارث قال : أسلم جدي ، ثم قال : قال : وهذا يؤكد رواية الجمهور عن هشيم حيث قالوا : الحارث بن قيس ، وظاهر كلام الإمام البيهقي –رحمه الله– ترجيح أنه الحارث بن قيس .
والصواب أنه (قيس بن الحارث) كما حكاه أبو داود ، وقد ذكره عنه البيهقي ، وكذا قال صاحب التمهيد وصاحب الكمال ، وكذا فعل ابن أبي خيثمة في تاريخه والمزي في أطرافه . هو قيس بن الحارث بن جدار الأسدي له صحبة يعد من الكوفيين . انظر : تهذيب الكمال (١١٣١/٢) .

(٦) أخرجه أبو داود : كتاب الطلاق فيمن أسلم وعنده أكثر من أربع باب ٢٥ ، حديث رقم ٢٢٤١ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع حديث رقم ١٩٥٣ . والإمام أحمد في مسنده حديث رقم ٤٦٠٩ ، والدارقطنى : كتاب النكاح حديث رقم ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (١٨٣/٧) . فيه نظر ، له حديث واحد ، كذا في الزيلعي ، وقال الحافظ : مقبول ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وتابع حميضة : محمد بن السائب أبو بشر الكوفي ، قال ابن عدي رضوه في التفسير ، وقال ابن أبي حاتم : أجمعوا على ترك حديثه واتهمه جماعة بالوضع ، كذا في الخلاصة . انظر : سنن الدارقطنى (٢٧٢/٣) .

(٧) انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٨٣/٦) .

(٨) لا أسلم بأنه مجهول ؛ لأنه لا يوجد أحد من علماء التراجم صرح بذلك . ولكن الإمام البخاري ذكر بأن له حديثًا واحدًا ، وقال ابن عدي ليس له من الحديث إلا حديثان ، أو ثلاثة ، فكيف يكون مجهولا ويصرحون بذلك ؟ . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٤٣٦/٢) .

(٩) هو : الضحاك بن فيروز الديلمي ، روى عن أبيه ، وروى عنه عروة بن عزية ، وكثير الضعاني ، وأبو وهب =

أسلمت وعندي أختان فأتيت النبي ﷺ فسألته فقال : « طلق أيهما شئت » [١] .

٢٢٠٧٣ - وهذا الحديث مصري [٢] قال الطحاوي : لا يجوز أن يثبت بهذا الإسناد حكم عن النبي ﷺ ، وهو أعلم بأهل بلده ، وحديثهم [٣] . ولو ثبتت هذه الأخبار احتمل أن تكون هذه الأشياء وقعت قبل نزول الفرائض والأحكام وثبوت تحريم الجمع ، فوقع العقد عليهن جائزًا ، ثم طرأ التحريم بنزول الأحكام ، فثبت الخيار ، كمن تزوج أربعًا وطلق إحداهن ، يبين ذلك ما روي في الخبر أنه تزوجهن في الجاهلية ، وذلك لا يقال إلا بعد ظهور دعوة النبي ﷺ وانتشارها .

٢٢٠٧٤ - فإن قيل : [هذا التأويل لا يصح عندكم لأنكم قلتم : في الجامع الكبير] [٤] : لا نعلم أنه كان في شرعنا تزويج أختان أو عشر نسوة [٥] .

٢٢٠٧٥ - قلنا : هذا كان مباحًا في شريعة من قبلنا ، وقد تزوج داود عليه السلام بمائة [٦] وتزوج سليمان عليه السلام بأكثر من ذلك [٧] ، وهذا الحكم كان باقيًا حتى نزل التحريم ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [٨] فدل على ثبوت الإباحة قبل هذا التحريم .

= الجيشاني ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال القطان : مجهول . انظر : التهذيب (٤٤٨/٤) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ١٢٠ . وأبوه هو : فيروز الديلمي ، ويقال : ابن الديلمي ، يكنى أبا الضحاك . ويقال : أبا عبد الرحمن ، يماني كناني من أبناء فارس ، سكن مصر ، ومات ببيت المقدس ، وقيل : مات باليمن في خلافة معاوية ، وقيل : في خلافة عثمان . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٠/٣ ، ٢١١) .

(١) أخرجه الشافعي : في مسنده ، كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح (١٦/٢) وأبو داود : كتاب الطلاق حديث رقم ٢٢٤٣ ، والترمذي : كتاب النكاح حديث رقم ١١٢٩ ، وابن ماجه : كتاب النكاح حديث رقم (١٩٥١م) والدار قطني كتاب النكاح حديث رقم ١٠٥ (جـ٢/٢٧٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٧/٧) ، وابن حبان في صحيحه حديث رقم ١٢٧٦ ، والبغوي في شرح السنة (٩١/٩) .

(٢) لأن الضحاك بن فيروز الديلمي : من مشاهير التابعين بمصر ، كما ذكر ابن حبان في كتاب مشاهير علماء الأمصار ، وأبوه سكن مصر ، كما ذكر ابن حجر في الإصابة .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار (٢٥٦/٣) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) انظر : الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صـ١٠١ ، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر أباد الدكن بالهند .

(٦) انظر : الكامل في التاريخ لابن الأثير (٢٢٤/١) .

(٧) انظر : الكامل في التاريخ لابن الأثير (٢٣٠/١) ، ويقول ابن الأثير : وكان له ثلاثمائة زوجة وسبعمائة سرية .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٣ .

٢٢٠٧٦ – فإن قيل : هذا التأويل لا يصح عندكم ؛ لأنكم قلتم في الجامع الكبير لو تزوج الحربي أربعًا ثم سبى وسبين معه ، فسد نكاحهن [١] ، ولم يجوزوا أن يختار منهن اثنتين ، وإن كان العقد وقع في حال الإباحة .

٢٢٠٧٧ – [قلنا : الحربي عقد في حالة حرم فيها على العبد الجمع بين أربعة ، فصارت الإباحة] [٢] في حقه مشروطة بالحرية ، فلهذا إذا سبى لم يجز له الاختيار ، وفي تأويلنا كانت الإباحة مطلقة ، ثم طرأ التحريم ، فلذلك خير .

٢٢٠٧٨ – فإن قيل : فالإباحة مشروطة بعقد الفسخ .

٢٢٠٧٩ – قلنا : الأحكام الثابتة في الشرائع وإن جاز أن يرد عليها الفسخ ، فليست مشروطة في ثبوتها بعقد الفسخ ، بل هي مطلقة الثبوت حتى يرد الفسخ عليها .

٢٢٠٨٠ – وجواب آخر : وهو أن قوله : « اختر منهن أربعًا » يحتمل بالنكاح الأول ، ويحتمل بنكاح جديد ، وإذا احتمل الأمرين سقط الاحتجاج به [٣] .

٢٢٠٨١ – والظاهر أنه أراد العقد المجدد ؛ لأنه قال في خبر غيلان : « اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن » فهذا يدل على أنه أراد الفرقة التي تسقط بها أحكام النكاح الأول ، فلم يبق الاختيار إلا بتجديد العقد عليهن [٤] ، وتكون فائدة التخصيص فيه ؛ لئلا يظن ظان أن العقد الفاسد لما وقع عليهن في حال الشرك حرمهن على التأبيد ، كما لو تزوج أمًّا وبنتًا ودخل بهما ، وكما قال بعض الناس : إن من تزوج معتدة حرمت عليه تحريمًا مؤبدًا [٥] .

٢٢٠٨٢ – قالوا : فقد روي أنه قال : « أمسك منهن أربعًا » وهذا يقتضي بالنكاح [الأول] [٦] كما قال الله تعالى : ﴿ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ﴾ [٧] .

---

(١) انظر : الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صـ٣٦٢ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن (٣٩٧/٣) ولكن نقول : إن الأحاديث ظاهرها يدل على أن الاختيار للزوج في الإمساك والمفارقة ولا يحتمل أكثر من ذلك ، ومن حكم ببطلان نكاح الكل ، أو عين الأوليات للإمساك فقد أبطل معنى الاختيار . انظر : شرح السنة للبغوي (٩٢/٩) بتصرف .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن ظاهر الأحاديث أثبتت الاختيار للزوج في الإمساك أو المفارقة .

(٥) انظر : المبسوط (٥٤/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) ، وفي ص [يقال] ولا وجه له ، وما أثبتناه وفق سياق الكاتب ﷺ .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٣٧ ، وانظر : المهذب (٦٧/٢) .

٢٢٠٨٣ - وقال لنوفل بن معاوية [١] وقد أسلم ، وتحته خمس : « فارق منهن واحدة » [٢] .

٢٢٠٨٤ - قلنا : قوله تعالى ﴿ أَمْسِكْ ﴾ يحتمل بنكاح جديد .

٢٢٠٨٥ - وقوله : « فارق منهن واحدة » يعني لا يجوز أن ينكحها ويجوز نكاح البواقي ، وإذا احتمل ذلك .

٢٢٠٨٦ - وقوله : في خبر غيلان « وفارق سائرهن » لا يحتمل قضي به على المحتمل [٣] .

٢٢٠٨٧ - قالوا : قوله « أمسك » علقه باختياره ، ولو كان المراد العقد ، وقف على رضاهن [٤] .

٢٢٠٨٨ - قلنا : إليه الاختيار وتمامه موقوف على شرائط لم تذكر ، كما قال لفاطمة [٥] : « انكحي أسامة بن زيد » [٦] .

٢٢٠٨٩ - وإن كان النكاح يقف على اختياره وعقده وحضور الشهود ، وهذا كما يقول الرجل : تزوج من شئت ، واعقد على من أحببت [٧] .

٢٢٠٩٠ - قالوا : قوله : « اختر منهن من شئت » أمر والأمر على الوجوب ، وعندنا

---

(١) هو : نوفل بن معاوية بن عمرو الديلي وهو من بني الديل ، قيل : إنه عاش في الجاهلية ٦٠ سنة وفي الإسلام ٦٠ سنة ، أول مشاهده مع رسول الله ﷺ فتح مكة ، وتوفي بالمدينة في زمن يزيد بن معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥٧٨/٣) .

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده : كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح (١٦/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٩١/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح (١٨٤/٧) .

(٣) لا نسلم هذا الاحتمال ؛ لأن هذه دعوى نسخ لا تجوز بالاحتمال .

(٤) انظر : المجموع (٣٠٣/١٦) .

(٥) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية ، من المهاجرات الأوائل ، وكانت زوجة لأبي بكر بن حفص المخزومي ، فطلقها ، فتزوجت بعده أسامة بن زيد . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٨٤/٤) .

(٦) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شرحبيل الكلبي ، الحِب بن الحِب يكنى أبا محمد ، ويقال : أبا زيد ، وأمه أم أيمن ، حاضنة رسول الله ﷺ زوجه النبي ﷺ فاطمة بنت قيس وهو ابن خمس عشرة سنة ، توفي بالمدينة سنة (٥٤هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣١/١) ، والبداية والنهاية (٧٣/٨) . والحديث أخرجه : مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، حديث رقم ١٤٨٠ ، وأبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في نفقة المبتوتة حديث رقم ٢٢٨٤ ، والنسائي في كتاب الطلاق ، باب نفقة الحامل المبتوتة (٢١٠/٦) ، وابن ماجه : كتاب النكاح (٦٠١/١) ، حديث رقم ١٨٦٩ .

(٧) انظر : المبسوط (٥٤/٥) .

يجب أن يختار حتى لو توقف حبسناه ، وعندكم : إن شاء خير ، وإن شاء تركهن جميعًا (١) .

٢٢٠٩١ - قلنا : أما على الطريقة الأولى ، فالاختيار واجب ، كمن طلق إحدى امرأتيه ، وأما على الطريقة (٢) الثانية ، فعنده إذا أراد إمساك أربعة منهن ، وجب عليه أن يعقد ، وإن لم يرد لم يجب ، كما أن عندهم من (٣) طلق سائرهن لم يجب عليه الاختيار ، وإن اختار البقاء على النكاح وجب الاختيار ، فقد تساويا في إيجاب الاختيار، ووجوب شرط لم (يوجد) (٤) في الخبر (٥) .

٢٢٠٩٢ - قالوا : هذا الاختيار يصح عندكم إذا تزوجهن في عقد واحد ، فأما إذا تفرق نكاحهن ؛ فنكاح الأوائل صحيح ، ونكاح الخامسة باطل ولا يخير ، والنبي ﷺ لم يستفصل ذلك ؛ فدل على تساوي الأمرين (٦) .

٢٢٠٩٣ - قلنا : لم يستفصل هذا ، كما لم يستفصل بين إسلامهن قبل العدة أو بعدها ، وعندكم أن إسلامهن إذا تأخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة ، ولم يجز له أن يتخير بعقد جديد ، فلولا أن المراد باختيار العقد لشرط العدة إلى حين الإسلام (٧) .

٢٢٠٩٤ - قالوا : روى الشافعي بإسناده عن عوف بن الحارث (٨) عن نوفل بن معاوية الديلي (٩) قال : أسلمت وعندي خمس نسوة ، فقال النبي ﷺ : « أمسك أربعًا وفارق الأخرى » ، فعمدت إلى أقدمهن صحبة عجوز عاقر معي منذ سنين

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (٣٠٢/٦) ، المجموع (٣٠٣/١٦) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (ن) ، (ع) .   (٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [يذكر] .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) . ونجيب على قول الإمام القدوري رحمه الله : بأنه إذا أراد أن يمسك منهن أربعًا ؛ وجب عليه أن يعقد بأن دعوى تجديد العقد على من أراد أن يمسكهن دعوى مخالفة لظاهر الأحاديث من غير دليل .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : لم يستفصل النبي ﷺ ، ولأن هذا دعوى نسخ ؛ فلا يجوز بالاحتمال .

(٧) أجاب عن ذلك الإمام الشيرازي في النكت فقال : لأن النكاح بعد انقضاء العدة يجوز استدامته ، وقبل انقضائها لا يجوز ابتداء نكاحها .

(٨) هو : عوف بن الحارث بن الطفيل بن سخبرة الأزدي ، من جلة أهل المدينة . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ٧٤ ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم للدارقطني (٢٨٣/١) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

ففارقتها .

٢٢٠٩٥ - قلنا : النبي ﷺ أمره بمفارقة واحدة ، فاختياره لمفارقة الأولى لم يعلم به النبي ﷺ فيقره عليه .

٢٢٠٩٦ - قالوا : كل امرأة جاز أن يبتدئ نكاحها ولم يكن بينهما نكاح ؛ جاز أن يستديم نكاحها بعقد مطلق في الشرك كالأولى والثانية [١] .

٢٢٠٩٧ - قلنا : ينتقض بمن أسلم وتحته أمة وهو موسر ، فأعسر ، ثم أسلمت ، يجوز عندهم أن يبتدئ نكاحها ، ولا يجوز أن يبقي عليه ، كذلك إذا أسلم وتحته حرة وأمة وهو موسر [ثم أسلمت الحرة وماتت ، ثم أسلمت] [٢] ، الأمة يجوز أن يبتدئ نكاحها ؛ ولا يجوز أن يبقى عليه ، ولأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها ، ولا يجوز أن يستدام كالحرة إذا كانت تحت زوجين ؛ جاز أن تبتدئ نكاح أحدهما [٣] ، والمعنى في الأولى والثانية : أنه عقد على وجه لو عقده المسلم أقر عليه بعد الإسلام ، وفي مسألتنا : عقد عليه على وجه لم نقف عليه بحال ، فإذًا وجب الاعتراض عليه بعد الإسلام ، ولم يقر عليه [٤] .

٢٢٠٩٨ - قالوا : لو عقد على معتدة أو بغير شهود ، أو تبايعوا الربا والخمر ، أو تقابضوا ؛ لم يعترض إذا أقروا ، كذلك إذا تزوج بأكثر من أربع [٥] .

٢٢٠٩٩ - قلنا : أما نكاح المعتدة ، فلو كانت المعتدة من مسلم لم يقروا ، وإن كانت من كافر ؛ فليس هناك عدة ، وأما ترك الشهادة فيقر المسلم عليه ، فأولى أن يقر الكافر بعد إسلامه عليه ، وحكم المسألتين مختلف لاتفاق المسلمين على تحريم الجمع واختلافهم في جواز ترك الشهادة [٦] .

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنها امرأة يجوز أن يبتدئ نكاحها بعد الإسلام ، لو لم يكن بينهما نكاح ؛ فجاز استدامة نكاحها بعقد مطلق مضى في الشرك كالأولى » أهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة في (ن) ، (ع) .

(٤) يجيب عن ذلك الإمام الشافعي رحمه الله قائلًا : « لأني أنظر إلى حاله حين اجتمع إسلامه وإسلامهن » . انظر : الأم (٥١/٥) . إذن لا اعتراض على المسلم لأنه عقد على الأمة وهو معسر .

(٥) انظر : شرح السنة للبغوي (٩٢/٩) .

(٦) يقول الإمام الشافعي رحمه الله : ولو أن رجلًا نكح امرأة في الشرك بغير شهود أو بغير ولي محرم لها فأسلما أو أي نكاح أفسدناه . انظر : الأم (٥٥/٥) .

٢٢١٠٠ - فإن قيل : المسلم لا يقر على نكاح بغير شهود ، ولا بحكم حاكم ، وقد أقررتم الذي أسلم بغير حكم .

٢٤٧/أ ٢٢١٠١ - قلنا : اتفقنا أنه لا يعترض في/ هذا العقد ، وإن عقد على أكثر من أربعة يعترض ؛ فدل من المذهبين على اختلافهما ، وأما الربا المقبوض والخمر المقبوض ؛ فلا يعترض على عقدهما بعد الإسلام [1] .

٢٢١٠٢ - قلنا : لما لم يجب الاعتراض ؛ لم يحمل على حكم الإسلام ، ولما وجب الاعتراض في مسألتنا ؛ حكم على حكم الإسلام [2] .

* * *

(١) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولهذا أقررناهم على شرب الخمر ولم نقرهم على الزنا » . وانظر كذلك : الأم (٥/٥٥) .

(٢) لا نسلم الاعتراض عليه في مسألتنا ؛ لأن الخلل في النكاح ، يرجع إلى معنى في الماضي يعتقدون جوازه . الشيرازي في النكت . ولأنه خلل لمعنى مضي في حال الشرك باعتقاد جوازه ، فلم يتعرض له ، كما لو تزوج بلا شهود .

مسألة ١٠٧١

اختلاف الدار بين الزوجين

٢٢١٠٣ - قال أصحابنا : إذا هاجر أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلمًا أو ذميًا ، والآخر في دار الحرب على [دينه] (١) ، وقعت الفرقة باختلاف الدارين (٢) .

٢٢١٠٤ - وقال الشافعي : إن كان دخل بها ؛ لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض (٣) .

٢٢١٠٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ (٤) .

٢٢١٠٦ - فوجه الدلالة منها : قوله : ﴿ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ ﴾ ، فأمر برد المهر ، ولو كان النكاح بحاله لم يجب رد المهر ، ثم قال : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ فأباح نكاحها مطلقًا ، وعندهم لا يجوز نكاحها حتى تنقضي العدة قبل إسلام الآخر ، ثم قال : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ (٥) ، ولو منعنا تزويجها لأجل النكاح الأول ، كنا

---

(١) في (ن) ، (ع) : [ذمته] .

(٢) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، المبسوط (٥١/٥) ، مجمع الأنهر (٣٧٠/١) ، حاشية ابن عابدين (١٨٦/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٢/٣) ، البحر الرائق (٢١٣/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٢٨/٢) .

(٣) انظر قول الإمام الشافعي في : الأم (٢٤٤/٥) ، المهذب (٦٧/٢) ، المجموع (٢٩٥/١٦) ، قليوبي عميرة (٢٥٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٥/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٢٠٩/٤) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤٢٤/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (٦٩/٢) . ويرى مالك رحمه الله أن الهجرة تفرق بين الزوجين ، إلا أن يقدم الزوج مهاجرًا قبل انقضاء العدة . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، للإمام ابن عبد البر (٥٥٠/٢) وللحنابلة روايتان : الأولى : يقف الأمر على انقضاء العدة كما قال الشافعي ومالك ، والأخرى وهي مروية عن الإمام أحمد : أنها ترد إليه ولو طالت المدة . انظر : المغني (٦١٩/٦) ، حاشية المقنع (٦٥/٣) . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ يقتضي المفارقة على الفور ، وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم : فما روي أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل زوجته ، ثم أسلمت بعده بأيام ، فاستقر على نكاحهما ، وأما القياس المعارض للأثر : فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها . انظر : بداية المجتهد (٥٣/٢) .

(٤) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٥) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

قد تمسكنا بعصمة الكافرة (١) .

٢٢١٠٧ - فإن قيل : أمر الله تعالى برد المهر ؛ لأن الزوج إذا جاء كافرًا لم يجز ردها إليه ، فإذا منع من تسلمها ؛ وجب رد مهرها ، فإذا أسلم أمكن تسليمها ، فلم يجب رد المهر .

٢٢١٠٨ - قلنا : بل أوجب تعالى رد المهر في جميع الأحوال ، فمن يدعى تخصيصه يحتاج إلى دليل ، وقولهم : « إذا أسلم أمكن ردها » موضع الخلاف ؛ لأن عندنا زال النكاح فلا يجوز ردها بالنكاح الأول (٢) .

٢٢١٠٩ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ (٣) ، المراد بعد انقضاء عدتهن ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ (٤) ، معناه بعد انقضاء العدة .

٢٢١١٠ - قلنا : ظاهر الآية يقتضي إباحة التزويج بكل حال ، قامت الدلالة هناك على اعتبار العدة ، وبقيت الإباحة ها هنا على ظاهرها (٥) .

٢٢١١١ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ (٦) ، خطاب للرجال ، أي : لا تمسكوا بعصم النساء المرتدات ؛ لأن كوافر جمع كافرة (٧) .

٢٢١١٢ - قلنا : فواعل جمع يصلح للرجال والنساء ، يبين ذلك : أن الصفات تنقسم على قسمين ، أحدهما : يستعمل استعمال الأسماء ، والآخر : لا يستعمل استعمال الأسماء ، والذي يستعمل استعمال (٨) الأسماء يذكر من غير أن يذكر قبله الموصوف ، كقوله : عبد فلان ، ألا ترى أنك لا تقول : هذا رجل عبد فلان ؟ فأفعل إذا كان اسمًا ؛ يكسر على (٩) أفاعل نحو : أحمد وأحامد ، وأفكل وأفاكل (١٠) ، وإن

---

(١) لا نسلم وجه الدلالة من الآية كما ذهب الأحناف ؛ لأن الحصر في الآية على عمومه ، فتكون نزلت في المرأة المشركة إذا كانت تحت مسلم فهربت منه إلى الكفار ، فالآية نزلت في أم حكيم بنت أبي سفيان ، ارتدت فتزوجها رجل من ثقيف ، ولم ترتد امرأة من قريش غيرها ، ثم أسلمت مع رجل ثقيف حين أسلموا . انظر : فتح الباري (٤٢٢/٩) .

(٢) انظر : المبسوط (٥١/٥) .

(٣) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (١٨٦/٣) .

(٦) الممتحنة : ١٠ .

(٧) انظر : الأم (٤٩/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) الأفكل : على أفعل ، الرعدة ، والجماعة ، قد جاءوا بأفكلهم ، ويقال : أخذ فلان رعدة فارتعد من برد =

كان وصفًا كسر على نحو : أحمر وحمر .

٢٢١١٣ – فقولهم : « كافر » وإن كان صفة في الأصل ، فقد استعمله القرآن استعمال الأسماء ، قال الله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى (١) خَلَقَكُمْ فَمِنكُمْ كَافِرٌ وَمِنكُم مُّؤْمِنٌ ﴾ (٢) .

٢٢١١٤ – ولم يقل : منكم رجل كافر ، فلذلك كان يكسر تكسير الأسماء ولا خلاف أن خالدًا في الأسماء يكسر خوالد ، فكذلك ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ (٣) من قال : إن هذا بكسر الكاف فقد صدق ، ولكن إذا كسرت وهي صفة لا يستعمل استعمال (٤) الأسماء .

٢٢١١٥ – قلنا : والأمر على ما قلناه ؛ فالمذكر والمؤنث في فاعل اسم كسر على فواعل .

٢٢١١٦ – قال جرير (٥) .

أخالد قد علقتك بعد هند   فبلتنى الخوالد والهنودا (٦) .

٢٢١١٧ – وقد قيل : إنه قدر في الكلام فرقة كافرة جمعت على كوافر ، كقوله : خارجة وخوارج .

٢٢١١٨ – ولو كان المراد بها ما قالوا : حملناه على من هاجر ، وترك في دار الحرب أربع نسوة ؛ أنه يجوز له النكاح ، ولا يمنع تمسكًا بعصم النساء (٧) الكوافر .

٢٢١١٩ – ولأنهما اختلفا بأنفسهما (٨) في دارين كل واحد منهما من أهلها ، فوقعت الفرقة ، كما لو سبى أحد الزوجين .

=أو خوف . انظر : القاموس المحيط ، لسان العرب مادة (فكل) .

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) سورة التغابن : الآية ٢ .
(٣) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .
(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .
(٥) هو : جرير بن عطية بن حذيفة ، الخطفي ، ولد بأرض اليمامة سنة (٣٠هـ) من أبوين ينسبان إلى قبيلة كليب ، إحدى قبائل يربوع ، وتوفي سنة (١١٤هـ) . انظر : البداية والنهاية (٢٩٢/٩) ، ديوان جرير ص ١١ ، ١٢ .
(٦) انظر ديوان جرير ، قصيدة ٥٢ ، ص ٣١٨ . والمناسبة التي قيل فيها هذا البيت : هي هجاء التيم : الذي هو ذهاب العقل من شدة الهوى ، ويروى (فشيبتني) . انظر : لسان العرب (٤٦١/١) ، مادة (تيم) ، ط دار الشعب ، القاموس المحيط باب الميم فصل التاء .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) ساقطة من (م) .

٢٢١٢٠ – أو نقول : اختلفا بأنفسهما في دارين اختلف حكمهما لأجله ، ونعنى بذلك : أن النصرانى إذا هاجر ذميًا ، وترك امرأته هناك نصرانية ؛ لم يرث أحدهما من [١] الآخر لاختلاف الدارين .

٢٢١٢١ – ولا يلزم : إذا خرج أحد الزوجين من دار حرب إلى دار حرب [٢] أخرى تخالفها مثل : الرومى ينتقل إلى الترك ؛ لأن الفرقة تقع عندنا .

٢٢١٢٢ – ولا يلزم : إذا دخل الحربي إلينا تاجرًا ، ودخل المسلم إليهم تاجرًا ؛ لأن كل واحد منهما لم يصر من أهل الدار التي انتقل إليها ، ألا ترى أن المستأمن التاجر على حكم دار حرب ، بدلالة أنه لا يترك في دارنا سنة ، ولا يقام عليه الحدود ، والمسلم إذا دخل إليهم تاجرًا ، فهو على [٣] حكم أهل دار [٤] الإسلام ، وليس هو من أهل دار الحرب [٥] .

٢٢١٢٣ – فإن قيل : قد اختلف حكمهما ، بدلالة أن المستأمن محظور الدم والمال ، ولو دخل عسكر إلى دار الحرب فقتلوه فظنوه [٦] كافرًا ، لم يجب [٧] بقتله شيء .

٢٢١٢٤ – قلنا : هذا الحكم لم يتحدد له لأجل الدار [٨] ؛ لأن الحربي يحظر دمه وماله بالأمان ، [ولو حصل] [٩] له ذلك في دار الحرب استفاد الحظر ، والمسلم إذا قتل يقوم دمه ، فلم نسلم [١٠] ذلك .

٢٢١٢٥ – فأما بطلان التوارث مع اتفاق الدين وزوال الموانع : فهو حكم موجب عن اختلاف الدار فصح وصفنا أنهما اختلفا بأنفسهما في دارين اختلف حكمهما لأجله [١١] .

٢٢١٢٦ – فإن قيل : المعنى في المسبيّة حدوث الرق في رقبتها .

٢٢١٢٧ – قلنا : لو سبيت الأمة [١٢] وقعت الفرقة بينها وبين زوجها ، على أصح الوجهين عندهم ، وإن لم يحدث الرق ، [وإنما انتقل كما ينتقل بالبيع ولأن

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) بياض في الأصل .
(٣) في (م) : [في] ، وساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [فطعنوه] .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [الحربي] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [لم يحصل] .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(١٢) في (م) : [للأمر] .

حدوث الرق] [١] تعلق حق بالقربة [٢] ، وذلك لا يؤثر في الأنكحة ، كوجوب القصاص .

٢٢١٢٨ - ولأن بضع [٣] المرأة مملوك للزوج . ومعلوم أن إحراز العبد نفسه بدارنا مراغمًا للمولى ، كإحراز غيره له في زوال ملك المالك عنه ، وكذلك إحراز المرأة نفسها بدارنا ، كإحراز غيرها لها في زوال الملك عنها ، ألا ترى أن الرق والاستباحة كل واحد منهما معنى يملكه الإنسان من غيره ؟ .

وقد دل على أن [٤] إحراز العبد نفسه يزيل الملك عنه ، أن عبيد الطائف ، خرجوا إلى النبي ﷺ فطلب المسلمون قسمتهم ، فقال النبي ﷺ : « هم عتقاء الله » [٥] .

٢٢١٢٩ - فإن قيل : لو [٦] أحرز المولى نفسه [٧] بدارنا لم يعتق عبده ، ثم قلتم : إن الزوج إذا أحرز نفسه بدارنا ، وقعت الفرقة بينه وبين امرأته .

٢٢١٣٠ - قلنا : إنما استوى [٨] إحراز الرجل والمرأة ؛ لأن الأسباب التي تقع بها الفُرَق حكم يستوي فيه الرجل والمرأة ، كالردة ، وملك كل واحد منهما الآخر ، والأسباب التي يقع العتق بها تخص العبد ، ولا تتعلق بمعنى يفعله المولى في نفسه فلذلك لم يكن إحرازه لنفسه عند العدة .

٢٢١٣١ - ولأن اختلاف الدارين [يوجب قطع التوارث فأثر في الفرقة كاختلاف الدارين] [٩] إذا ارتد أحدهما ، ولا يلزم الرق [١٠] ولا يمنع التوارث ، ولا يقطع توارثًا كان .

٢٢١٣٢ - ولا يلزم القتل ؛ لأنه لا يقطع التوارث ، ألا ترى أن المقتول يرث من القاتل إذا جرحه ومات الجارح قبله ؟ ويدل عليه : أن المملوك إذا سبي وقعت الفرقة بينه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) في (م) : [بالحرمة] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [تضع] .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) ذكره ابن القيم في كتابه زاد المعاد (٤٩٧/٣) ، وفي نصب الراية للزيلعي (٢٨٢/٣) وفي سيرة ابن هشام (١٣٠/٤) ، من حديث عبد الله بن المكرم الثقفي .
(٦) في (ن) ، (ع) : [له] .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [اشترى] ولا وجه له .
(٩) ما بين المعكوفتين من (ن) ، (ع) .
(١٠) ساقطة من (م) .

وبين امرأته ، كالحر ؛ لأن كل حكم [١] تعلق بسبي الحر يتعلق [بسبي] [٢] المملوك ، أصله : وقوع الملك ، وإذا ثبت أن سبي المملوك يوقع الفرقة بطل قولهم : إن المؤثر في الفرقة حدوث الملك .

٢٢١٣٣ - فإن قيل : حدوث الرق هو المؤثر ، فإذا سبي المملوك فقد وجد سبب حدوث الرق ، فتعلق به الفرقة وإن تقدمه الرق ، كالحدث [بعد الحدث] [٣] ، والزنا بعد الزنا ، والدلالة على الحكم بعد الدلالة .

٢٢١٣٤ - قلنا : أما الحدث الثاني فلا يوجب حكمًا عندنا ، وأما الزنا الثاني فتعلق به حد كما تعلق بالأول ويتداخلان [٤] والرق لا يحدث ها هنا ، وأما الدليل : فتعلق الحكم به [٥] كما تعلق بالأول ، حتى لو تعين طريق الدليل الأول من جهة الشرع بقي الحكم متعلقا [٦] بالثاني .

٢٢١٣٥ - فإن قيل : سبي المملوك قد أحدث الرق ؛ لأن رقه في دار الحرب غير سبي رق ، بدلالة : أن المملوك إذا غلب على مالكه ملكه ، فإذا سبي حدث رق سبي .

٢٢١٣٦ - قلنا : هذا غلط ، وذلك الرق بحاله ، إلا أن يتأكد ملك المسلم كما يتأكد لو باعه من مسلم ، وإن كان البيع [لا يوجد] [٧] حدوث الرق .

٢٢١٣٧ - احتجوا : بما روي : « أن النبي [ﷺ] لما نزل مر ظهران حمل إليه العباس أبا سفيان فأسلم ، وامرأته بمكة كافرة ، فأقره النبي ﷺ على النكاح » [٨] .

٢٢١٣٨ - قلنا : مر الظهران من توابع مكة ولم تكن فتحت ، فلم يصر هذا الموضع دار إسلام ؛ فلم تختلف به الدار . وليس إذا نزل عسكر المسلمين في مكان صار في حكم دار الإسلام حتى تجرى فيه الأحكام ، ويكون بحيث لو أرادوا أن يقيموا فيه ويستوطنوا أمكنهم ذلك ، ولا يعلم مر ظهران أن كان بهذه الصفة [٩] .

٢٢١٣٩ - فإن قيل : فإن [١٠] قلتم : إن المرأة إذا خرجت إلى عسكر [المسلمين

---

(١) ساقط من (م) .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) بياض في (م) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) في (م) : [لا يوجب] .
(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح مرويًا عن الإمام الشافعي رحمه الله ١٨٦/٧ .
(٩) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٨٦/٧) .
(١٠) في (م) : [لو] .

وهو في دار الحرب ، وقعت الفرقة بينها وبين زوجها .

٢٢١٤٠ – قلنا : هذا محمول على ما بينا أن العسكر] [١] حصل في مكان لو أراد استيطانه واتخاذه دارا أمكنه ذلك [٢] .

٢٢١٤١ – قالوا : النبي [ﷺ] خرج إلى مكة معتمرًا ، فصدوه في الحديبية ، وكانت خزاعة [٣] حلفاءه ، ودارهم مر ظهران [٤] وكانت بنو بكر [٥] حلفاء قريش بمكة ؛ فدل أن حكم هذه المواضع مخالف فيه [٦] .

٢٢١٤٢ – قلنا : دار خزاعة كانت متصلة بمر ظهران ، ومر ظهران متصل بعمل مكة ، ولهذا خرج أبو سفيان/ إلى الأراك [٧] ، والأراك بمر ظهران ، ولو كانت الدار ٢٤٧/ب لخزاعة ، لم يقدم أبو سفيان عليها [٨] .

٢٢١٤٣ – ومن أصحابنا من قال : إنما لم [٩] تقع الفرقة بالإسلام من أبي سفيان ؛ لأن إسلامه لم يصح يومئذ ، وإنما كان منافقًا [١٠] ، بدلالة : ما روى أنه قال للعباس من الغد : إن ابن أخيك قد أصبح في ملك عظيم ، فقال له العباس : ليس هذا بملك ، ولكنه نبوة ، فقال له : أو ذاك ؟ [١١] . وهذا ليس من قول مسلم ، فلذلك لم يفرق بينه وبينها .

٢٢١٤٤ – قالوا : روي أن النبي ﷺ لما دخل مكة أمَّن الناس جميعًا إلا سبعة نفر :

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) انظر : المبسوط (٥٢/٥) .
(٣) هي : قبيلة من الأزد من القحطانية ، وهم بنو عمرو بن ربيعة ، كانوا بأنحاء مكة . انظر : معجم قبائل العرب القديمة والحديثة ، ط مؤسسة الرسالة ، بيروت .
(٤) هو : موضع على بعد مرحلة من مكة ، وقال الواقدي : بين مر وبين مكة خمسة أميال ، انظر : معجم البلدان لياقوت الحموي (١٠٤/٥) ، ط صادر بيروت .
(٥) هم بطن من بني شهر اليمن ، تمتد منازلها من تهامة إلى أعلى الحجاز . انظر : معجم قبائل العرب (٩١/١) .
(٦) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .
(٧) هو : وادى الأراك قرب مكة ، والأراك في الأصل شجر معروف . انظر : معجم البلدان (١٣٥/١) .
(٨) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٥/٣) .
(٩) ساقطة من (م) .
(١٠) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٥/٣) .
(١١) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

صفوان بن أمية [١] ، وعكرمة بن أبي جهل [٢] ، ففر صفوان إلى الطائف وعكرمة إلى الساحل ، وأسلمت زوجتاهما ، ولم يفرق النبي ﷺ بينهما .

٢٢١٤٥ - قالوا : وكذلك حكيم بن حزام [٣] ، أسلم قبل إسلام امرأته ، وأقرهما النبي ﷺ على النكاح [٤] .

٢٢١٤٦ - والجواب : أن الواقدي [٥] ذكر أن صفوان بن أمية هرب إلى السفينة ، فأتبعه عمير بن وهب [٦] ، ورده منها [٧] ، والشعب مرفأ السفن لأهل مكة ، ومنها ركب المسلمون في الهجرة إلى الحبشة ، ومنها أخذت قريش السقيفة [٨] التي سقف بها الكعبة [٩] ، وهذا الموضع من مواضع مكة وفي حكمها ؛ فلم يختلف به وبزوجته دار .

وأما عكرمة بن أبي جهل : فإن زوجته أم حكيم بنت الحارث قالت : لرسول الله ﷺ في [١٠] يوم الفتح إن عكرمة هرب منك ، فلو أمَّنْتَه ، فأخذت له الأمان وخرجت خلفه ، فأدركته وقد ركب السفينة فأومأت إليه ، فهذا لا يعلم أن الموضع الذي صار إليه دار كفر ؛ لأنه لما [١١] ركب قال لهم صاحب السفينة : أخلصوا ، قال : كيف

(١) هو : صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي المكي ، أسلم بعد فتح مكة ، وتوفي أول خلافة معاوية بمكة . انظر : البداية والنهاية (٢٥/٨) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٤٤٩/٥) ، وزوجته هي : عاتكة بنت الوليد بن المغيرة المخزومية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٥٨/٤) .

(٢) هو : عكرمة بن أبي جهل بن هشام بن المغيرة ، استشهد يوم أجنادين . انظر : البداية والنهاية (٣٨/٧) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٤٤٤/٥) . وزوجته هي : أم حكيم بنت الحارث بن هشام ، أسلمت يوم الفتح انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٤٣/٤) .

(٣) هو : حكيم بن حزام بن خويلد ، يكنى أبا خالد ، أسلم قبل فتح مكة بيوم واحد ، وهو ممن عاش مائة وعشرين سنة ، شطرها في الجاهلية وشطرها في الإسلام ، قال البخاري في التاريخ : مات سنة ستين وهو ابن عشرين ومائة سنة ، أما زوجته فلم أقف على اسمها . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٤٩/١) .

(٤) انظر : المغازي للواقدي (٨٢٥/٢) .

(٥) هو : محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء ، المدني الواقدي أبو عبد الله ، محدث وحافظ وأديب ومؤرخ وفقيه . . توفي ببغداد سنة (٢٠٧هـ) انظر : البداية والنهاية (٢٦١/١٠) ، شذرات الذهب (١٨/٢) .

(٦) هو : عمير بن وهب بن خلف ، يكنى أبا أمية ، أسلم يوم بدر ، مات في خلافة عثمان ﷺ . انظر أسد الغابة (٧٧٤/٣) ، الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٦/٣) .

(٧) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٣/٢) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٩) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٣/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

نخلص ، قال : قولوا : لا إله إلا اللّٰه ، قال عكرمة : فعلى هذا [١] فارقت محمدًا [٢] ، فدل على أن هذا الموضع دار إسلام . أما حكيم بن حزام : فقال الواقدي : لما دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح ، لم يبرح حكيم بن حزام من مكة حتى أسلم ، وشهد معه حنينًا [٣] .

وأما سهيل بن عمرو [٤] : فقال الواقدي : اختبأ بمكة ، حتى استأمن له ابنه عبد اللّٰه [٥] وقد كان شهد بدرا مع رسول اللّٰه ﷺ واستظهره لهم فسقط احتجاجهم [٦] .

٢٢١٤٧ – قالوا : روي عن ابن عباس : أن النبي ﷺ رد بنته [٧] على أبي العاص ابن الربيع [٨] بالنكاح الأول [٩] ، فدل على أن اختلاف الدار لا يوجب الفرقة .

٢٢١٤٨ – قلنا : روي عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده [١٠] : أن النبي ﷺ ردها عليه بنكاح جديد [١١] . وهذه الرواية أولى ؛ لأن الراوى عرف أمرًا جازمًا

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) انظر : المغازي للواقدي (٨٥١/٢) .

(٣) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

(٤) هو : سهيل بن عمرو بن عبد شمس ، القرشي العامري ، أسلم يوم فتح مكة ومات بالشام سنة (١٨هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٩٣/٢) ، أسد الغابة (٣٧٢/٢) .

(٥) هو : عبد اللّٰه بن سهيل بن عمرو من مهاجرة الحبشة ، استشهد باليمامة ، وله ثمان وثمانون سنة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٢٢/٢) . (٦) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

(٧) هي : زينب بنت سيد ولد آدم ، نبينا محمد ﷺ أكبر بناته ، وأول من تزوج منهن ، وولدت قبل البعثة بمدة ، وقيل : إنها عشر سنين ، وتوفيت في حياة والدها سنة ثمان عشر من الهجرة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣١٢/٤) .

(٨) هو : أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس ، وأمه هالة بنت خويلد ، وزوجته زينب بنت رسول اللّٰه ﷺ ، انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٢١/٤) .

(٩) أخرجه أحمد : حديث رقم ١٨٧٦ ، ٢٣٦٦ ، وأبو داود حديث رقم ٢٢٤٠ والترمذي : حديث رقم ١١٤٣ ، وابن ماجه ، حديث رقم ٢٠٠٩ من حديث ابن إسحاق ، عن داود بن الحصين ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وداود بن الحصين ، فيه لين ، وما رواه عن عكرمة منكر ، لكن للحديث شواهد مرسلة صحيحة عن عامر وقتادة وعكرمة بن خالد ، أخرجها ابن سعد في الطبقات وعبد الرزاق في المصنف حديث رقم ١٢٦٤٧ ، والطحاوي في معاني الآثار (١٤٩/٢) .

(١٠) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد اللّٰه بن عمرو بن العاص السهمي ، أبو إبراهيم القرشي ، مات سنة (١١٨هـ) ، بالطائف . انظر : ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) .

(١١) أخرجه أحمد ، حديث رقم (٦٩٣٨) ، والترمذي (١١٥٢) ، وابن ماجه (٢٠١٠) وفي سنده الحجاج بن أرطاة .

خفي على ابن عباس .

٢٢١٤٩ – على أنه لو لم يرد هذا ؛ لم يكن لهم في قصة زينب حجة [١] ؛ لأن الزهري قال : ردها قبل نزول [آية] [٢] الفرائض [٣] ، وقال الشعبي [٤] : ردها قبل التسمية [٥] وهذا صحيح ؛ لأن نقض [٦] الهدنة في بعض النساء كان لما هاجرت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط [٧] ، فجاء أخواها [٨] في طلبها ، فنزلت الآية [٩] .

٢٢١٥٠ – وقد كان رد زينب [١٠] عَلَى [أبي العاص] [١١] قبل ذلك بشهور ،

---

(١) لا يسلم ترجيح رواية عمرو بن شعيب ؛ لأن الحافظ ابن حجر رحمه الله ذكر آراء علماء الحديث في المقارنة بين الحديثين ، ثم قال ما نصه : « إن أحسن المسالك في هذين الحديثين : ترجيح حديث ابن عباس ، كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية التحريم وإسلام أبي العاص ، ولامانع من ذلك من حيث العادة ، فضلا عن مطلق الجواز » انتهى . انظر : فتح الباري (٤٢٤/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الجوهر النقي علىالسنن الكبرى للبيهقي (١٨٩/٧) .

(٤) هو : عامر بن شراحيل بن عبد ، الشعبي شعب همدان ، من فقهاء التابعين بالكوفة مات سنة (١٠٥هـ) انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٠٢ .

(٥) انظر : الجوهر النقي علىالسنن الكبرى للبيهقي (١٨٩/٧) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [بعض] .

(٧) هي أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط الأموية ، كانت ممن هاجرن إلىالمدينة فجاء أخواها عمارة والوليد ليرداها ، فلم ترجع ، وكانت بلا زوج ، فتزوجها زيد بن حارثة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٩١/٤) ، أسد الغابة (٣٨٦/٦) .

(٨) هما الوليد بن عقبة بن أبي معيط ، وعمارة بن عقبة بن أبي معيط والوليد أخو عثمان بن عفان لأمه ، أمهما أروى بنت كريز بن ربيعة ، وأسلم الوليد وأخوه عمارة عام الفتح ، وروى الوليد عن رسول الله ﷺ وعثمان بن عفان وغيره ، وروى عنه حارثة بن مضرب والشعبي وأبو موسى الهمداني وغيرهم ، مات في خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥١٦/٢) ، (٦٣٧/٣ ، ٦٣٨) .

(٩) الآية هي : قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ الآية ١٠ من سورة الممتحنة . ويقول الحافظ ابن حجر في الإصابة : ذكر الزبير في أنساب قريش أن أم كلثوم بنت عقبة لما هاجرت قدم في طلبها أخواها الوليد وعمارة ، فطلباها من رسول الله ﷺ ، فردها عليهم ، فأنزل الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ الآية هكذا ذكره بغير إسناد وقد ذكر ذلك ابن إسحاق في المغازي ، وروي عن الزهري عن عروة قصة مطولة في سبب النزول ، ولكن ليس فيها قصة أم كلثوم ، اهـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥١٦/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) وبياض في (ن) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أن القاضي] ، ولا وجه له .

هكذا ذكر أهل السيرة ، فلم يكن لهم في الخبر حجة لو سلم من التعارض [١] .

٢٢١٥١ – قالوا : اختلاف دين بعد الإصابة ، فوجب إذا اجتمع إسلامهما في مدة العدة أن يجتمعا على النكاح ، أصله : إذا أسلمت وهما في دار الحرب ، فخرج الزوج إلى دار الإسلام [٢] .

٢٢١٥٢ – قلنا : إذا أسلمت في دار الحرب ، فلم يغلب على حقه ويحرزه [بدار] [٣] أخرى ؛ فلذلك لم يزل ملكه بالتبديل ، وفي مسألتنا غلبت على حقه ، وأحرزته في دار أخرى ، فزال ملكه عنهم ، كما لو غلبت على أمواله .

٢٢١٥٣ – ولأنها إذا أسلمت في دار الحرب ، وخرج الزوج إلينا بأمان ؛ فقد خرج إلى دارها ؛ لأنها بالإسلام صارت في حكم أهل دارنا ؛ فلم تختلف بهما الدار فعلًا وحكمًا .

٢٢١٥٤ – وقولهم : « إنها في حكم أهل الحرب ، بدلالة أن قاتلها لا يلزمه قصاص ولا دية » لا يصح ؛ وذلك لأنها في حكم أهل دار الإسلام ، بدلالة أن ما في يدها من أموالها لا يغنم ، ورقبتها لا تغنم ؛ فقد صارت بهذا في حكم أهل دارنا ، وبقى لها أحكام من أهل دار الحرب ؛ لأنها لم تحرز دمها بدارنا ، وبقاء حكم من الأحكام لا يمنع من تجدد أحكام دار الإسلام بها من الوجه الذي ذكرناه [٤] .

٢٢١٥٥ – قالوا : اختلاف دين بعد الإصابة فإذا لم يقر على النكاح فيه على التأبيد أو إذا حرم الوطء ؛ وجب أن تجب العدة ، أصله : إذا كانا في دار الحرب [٥] .

٢٢١٥٦ – قلنا : إن علتهم بوجوب العدة ؛ فالأصل غير مسلَّم ؛ لأنها إذا هاجرت حاملًا فلا عدة عليها عند [أبي حنيفة] [٦] ، حيث قال في إحدى الروايتين : يجوز أن تتزوج ، وعلى الرواية الأخرى : يمنع التزويج ؛ لأن حملها ثابت النسب لا للعدة [٧] .

٢٢١٥٧ – فإن قالوا : وجب أن يقف الفسخ على انقضاء العدة ؛ لم نسلم الأصل ؛ لأنها إذا أسلمت في دار الحرب وقعت الفرقة [على مضى] [٨] ثلاث حيض ، والعدة

---

(١) لقد دفع هذا التعارض بترجيح حديث ابن عباس ، كما ذكر ذلك الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤٢٤/٩) .
(٢) انظر : أحكام القرآن للشافعي (٦٩/٢) .
(٣) في (م) : [في دار] ، ولا وجه له .
(٤) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(٥) انظر : أحكام القرآن للشافعي (٦٨/٢) .
(٦) في (م) : [أبو يوسف] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما في كتب المذهب الحنفي .
(٧) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤١٣/٣) ، وتحفة الفقهاء (١٢٩/٣) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [حتى مضت] ، ولا وجه له .

تجب من بعد ذلك .

٢٢١٥٨ - ولأن الفرقة هناك لم تتعجل ؛ لأنها لم تصر غالبة على بضعها ناقلة له إلى دار أخرى هي من أهلها ؛ فلذلك لم تتعجل الفرقة وفي مسألتنا بخلافه [١] .

٢٢١٥٩ - قالوا : اختلاف الدارين بين الزوجين [لا يوقع] [٢] الفرقة ، أصله : المسلم إذا دخل دار الحرب تاجرًا ، والحربي إذا دخل إلينا بأمان [٣] .

٢٢١٦٠ - قلنا : اختلاف الدارين عندنا [لا يوقع] الفرقة حتى يكون بصفة مخصوصة ، وقد بينا ذلك . فإذا علقوا نفي الفرقة بمجرد الاختلاف [٤] ، قلنا بموجب العلة ، والمعنى في الأصل الذي قاسوا عليه : أن الاختلاف لم يحصل فعلًا ولا [٥] حكمًا ؛ لأن المستأمن على حكم دار الحرب ، والتاجر منا إذا دخل إليهم على حكم دار الإسلام ، فلما لم يختلفا بأنفسهما وأحكامهما لم تقع الفرقة [٦] .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤١٩/٣) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [لا يرفع] .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : إنه اختلاف دين بعد الإصابة فوقفت الفرقة فيه على الأقراء ، كما لو كان في دار الحرب .

(٤) انظر : المبسوط (٥١/٥ ، ٥٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤١٩/٣) .

إسلام امرأة الذمي قبله

٢٢١٦١ - قال أصحابنا : إذا أسلمت امرأة الذمي لم تقع الفرقة حتى يعرض الحاكم الإسلام على زوجها ، فإن أسلم ؛ فهما على النكاح ، وإن أبى فرق ؛ الحاكم بينهما ، وإن أسلمت الحربية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيضات [1] ، والزوج على دينه فإذا [2] [حاضت بانت منه] [3] .

٢٢١٦٢ - قال الطحاوي : ويجب عليها العدة بعد ذلك [4] .

٢٢١٦٣ - وقال الشافعي : إن أسلمت [قبل] [5] الدخول بانت منه في الحال ، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة ، ومن أسلم زوجها قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى تنقضي عدتها وقعت الفرقة بينهما [6] .

٢٢١٦٤ - لنا : ما روى أبو إسحاق الشيباني [7] ، ....

---

(١) في (ص) ، (م) : [حيض] . (٢) في (ن) ، (ع) : [فإن] .

(٣) ساقط من (م) .

وانظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) ، المبسوط (٥٦/٥-٥٨) ، مجمع الأنهر (٣٧٠/١) ، حاشية ابن عابدين (١٨٨/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٢١/٣) ، البحر الرائق (٢١٣/٣) ، تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) ، أحكام القرآن للجصاص (٤٣٩/٣) .

(٤) انظر : قول الطحاوي في شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بعد] ولا وجه له .

(٦) انظر : قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٥٠/٥) ، المهذب (٦٧/٢) المجموع (٣١٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٩١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٥/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٢٠٨/٤) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٢٤/٦ ، ٤٢٥) . قال الإمام مالك رحمه الله : إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة بينهما ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة . وللإمام أحمد رحمه الله روايتان : الأولى : توافق الشافعية ، والثانية تتعجل الفرقة . انظر : الكافي (٥٤٩/٢) ، المغني (٦١٦/٦) .

(٧) هو : سليمان بن أبي سليمان ، فيروز ، ويقال : خاقان ، ويقال عمرو يكنى أبا إسحاق الشيباني ، مولى بني شيبان بن ثعلبة الكوفي الإمام الحافظ الحجة ، ولد في أيام الصحابة وحدث عن كبار التابعين ، وثقه ابن معين وأبو حاتم ، من كبار أصحاب الشعبي ، مات سنة (١٣٩هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (١٩٣/٦) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١١١ .

عن السفاح [١] ، عن داود بن كردوس [٢] قال : جاء رجل من بني تغلب نصراني تحته امرأة [٣] نصرانية فأسلمت ، فرفعت إلى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : أسلم وإلا فرقت بينكما ، فقال له : لم أدع هذا إلا استحياء من العرب أن يقولوا : إنه أسلم على بضع امرأة لفعلت ، قال : ففرق عمر بينهما [٤] .

٢٢١٦٥ - وروى قتادة ، عن سعيد بن المسيب ، أن عليًا عليه السلام [٥] قال : « هو أحق بنكاحها ما دامت في دار هجرتها [٦] » .

٢٢١٦٦ - وروى عكرمة ، عن ابن عباس في اليهودية والنصرانية تكون تحت النصرانى أو اليهودى فتسلم ، قال : « يفرق بينهما [٧] » . ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار العدة ، وتفريق عمر وعرضه الإسلام بحضرة الصحابة من غير نكير .

٢٢١٦٧ - ولأن الفرقة لا تجوز أن تقع بالإسلام ؛ لأنه مؤثر في تصحيح العقود والأنكحة ، لا في إبطالها ، ولا يجوز أن يقع بكفر الكافر ؛ لأن هذا الكفر صح معه ابتداء العقد ، فأولى أن يصح معه البقاء ، ثم لم يجز تبقيتهما على النكاح ؛ فيجب أن تقف الفرقة على أمر حادث [٨] .

---

(١) هو : السفاح بن مطر الشيباني ، روى عن : عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد ، وداود بن كردوس ، وروى عنه أبو إسحاق الشيباني ، والعوام بن حوشب ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : تهذيب التهذيب (١٥٠/٥٠) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [كرموس] ، والأصح ما أثبتناه كما في ميزان الاعتدال للذهبي : داود بن كردوس ، مختلف فيه ، قال الذهبي في الميزان : مجهول ، وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : ميزان الاعتدال (١٩/٢) .

(٣) ساقطة من (م) واسم الرجل التغلبي : هو عبادة بن النعمان التغلبي ، والمرأة هي : ابنة زرارة بن عدس التميمي . انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة (٣/٤ ، ٤) . وبنى تغلب : هم قوم من نصارى العرب كانوا بقرب من الروم ، فلما أراد عمر ﷺ أن يضرب عليهم الجزية ، امتنعوا عن أدائها ، وقالوا لعمر : لئن فعلت ذلك لنلحق بأعدائك من الروم ، وطلبوا منه أن يضاعف عليهم ما يأخذه من المسلمين من صدقات ، فرضى بذلك بعد مشاورة الصحابة . انظر : شرح زيادات الزيادات للسرخسى ١١٢ ، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند .

(٤) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة (٣/٤ ، ٤) ، بدائع الصنائع (٣٣٧/٢) .

(٥) ساقط من (م) .

(٦) انظر : الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢٠٩/٤) .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٣٩/٣) . (٨) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .

٢٢١٦٨ – فإن قيل : يؤثر في فسخ العقود ، بدلالة النصرانيين إذا تبايعا الخمر ثم أسلما .

٢٢١٦٩ – قلنا : الفسخ يتناول ذلك العقد لتعذر التسليم لا للإسلام ، ولهذا لو أسلما بعد القبض لم ينفسخ .

٢٢١٧٠ – ولأن التحريم الطارئ على النكاح ، حكم يستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها [1] كالرضاع .

٢٢١٧١ – ولأنه إسلام طارئ على النكاح ، فلا يتعجل البينونة ، كما لو كان بعد الدخول ، ولأن الإسلام أوجب حرمة ، فإذا لم يتعجل البينونة لم تقع إلا بمعنى حادث كالظهار وطرآن العدة [2] .

٢٢١٧٢ – احتجوا : بأنه اختلاف دين يمنع من ابتداء النكاح أو تحريم الوطء ؛ فوجب أن يوجب الفرقة من غير حكم حاكم ، أصله : [إذا أسلمت] [3] الحربية في دار الحرب [4] .

٢٢١٧٣ – قلنا : لا فرق عندنا بين الدارين ؛ لأن في [5] دار الإسلام تفريق الحاكم لإباء الزوج عن الإسلام ، فإذا كانا في دار الحرب ؛ فإقامة الزوج في دارهم [إباء] [6] الإسلام أمكن الحاكم [7] التفريق فيفرق ، وفي دار الحرب لا يمكنه التفريق ؛ فوقعت الفرقة على حدوث معنى يؤثر في الفرق ، وأقرب ذلك مضى هذه العدة ، فإذا مضت وقعت الفرقة ، كما يقع التفريق في دار الإسلام [8] .

٢٢١٧٤ – وروى عن محمد أن العدة تجب بعدها [9] . / ٢٤٨/أ

٢٢١٧٥ – وعند مخالفنا الفرقة عند انقضاء العدة تقع بالإسلام ، وتبين بالحيض ،

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح فلا تقف الفرقة فيه على الحاكم، كالردة » .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أما] ، ولا وجه له .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٢/٣) .

كما تبين به المطلقة الرجعية [١] .

٢٢١٧٦ - فإن قيل : بأي دليل قلتم إن الحيض يقوم مقام التفريق ؟ .

٢٢١٧٧ - قلنا : لأن العامل أحد قائلين ؛ إما من قال : تقع الفرقة بالإسلام ، وإما من قال : بعرض الحاكم ، وكل من قال : إنها لا [٢] تقع بنفي الإسلام وقفها على عرض [الحاكم] [٣] إذا أمكن ، وعلى الحيض إذا لم يمكن ، وقد دللنا على أن [٤] الفرقة تقع [٥] بالإسلام ، بدليل إجماع الصحابة ، فثبت هذا بالإجماع [٦] .

٢٢١٧٨ - ثم يقال لهم : بأي دليل تركتم ما فعل عمر من عرض الإسلام بمشهد من [٧] الصحابة وإشهار ذلك ، وروى أنه كتب إلى أبي موسى في دهقانة نهر الملك لما أسلمت أن تعرض الإسلام على زوجها [٨] .

٢٢١٧٩ - فإن قيل : لو [٩] أسلمت الذمية فهرب زوجها ، فلم [يعرف] [١٠] له مكان ، فقد تعذر عرض الإسلام عليه ، ثم لو توقعوا الفرقة بمضي الحيض .

٢٢١٨٠ - قلنا : لم يقم الحيض مقام التفريق لتعذر العرض خاصة ، لكن مقام الزوج كافرًا في دار الحرب يدل على امتناعه عن الإسلام ، فحصل بمقامه الإباء ووجب اعتبار معنى حادث تقع به الفرقة ، وهربه في دار الإسلام ليس يدل على الإباء ، فإن لحق بدار الحرب ؛ دل على الإباء لكن الفرقة تقع باختلاف الدارين [١١] .

٢٢١٨١ - قالوا : العدة لا تقع بمضيها فرقة [١٢] وإنما تقع بالطلاق ، وانقضاء العدة شرط في البينونة [١٣] .

٢٢١٨٢ - قلنا : التطليقة الواحدة توجب نقصانا في العدد ، والبينونة تقع بانقضاء العدة ، فتقدم التطليقة شرط [١٤] .

٢٢١٨٣ - قالوا : فالعدة عندكم لا تجب في دار الحرب [١٥] .

---

(١) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) في (ص) : [القاضي] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٣٨/٣) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٠) في (ص) : [يعلم] .
(١١) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣ ، ٤٢٣) .
(١٢) ساقطة من (م) .
(١٣) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(١٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .
(١٥) انظر : تحفة الفقهاء (١٢٨/٢) .

٢٢١٨٤ – قلنا : تجب عندنا [١] على المسلم لحق اللّٰه تعالى وإنما لا تجب عليها إذا هاجرت [٢] .

٢٢١٨٥ – قالوا : تبديل دين بعد الإصابة ، فإذا لم يقرا على النكاح تعجلت البينونة ، أصله : إذا ارتد أحدهما [٣] .

٢٢١٨٦ – قلنا : الطارئ هناك الكفر وله تأثير في إبطال الأنكحة فإذا لم يصح معه [٤] ابتداء النكاح [٥] وقعت به الفرقة [٦] .

٢٢١٨٧ – قالوا : كما لو حدث بعد الدخول وقفت البينونة على انقضاء العدة ، وإذا كان قبل الدخول وقفت البينونة على الحال كالطلاق [٧] .

٢٢١٨٨ – قلنا : البينونة عندنا في دار الحرب لا تقف على انقضاء العدة ، وإنما تقع بمضي الحيض ثم تستأنف العدة من بعد ذلك .

٢٢١٨٩ – ولأن الطلاق ينافي النكاح ، فالتفريق يقع به والإسلام الطارئ لا ينافي النكاح ، فلا يجوز أن تقع الفرقة به [٨] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٢) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٢/٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح فلا يقف التفريق فيه على الحاكم ، كالردة » .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ص) ، (م) : [العقد] ، ولا وجه له .

(٦) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .

(٧) انظر : المهذب (٦٧/٢) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .

مسألة ١٠٧٣

ارتداد أحد الزوجين

٢٢١٩٠ – قال أصحابنا : إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال [١] .

٢٢١٩١ – وقال الشافعي : إذا أسلم المرتد قبل انقضاء العدة ؛ فهما على النكاح ، وإن بقي على ردته حتى مضت العدة ؛ وقعت الفرقة بالردة ، [فإن كانت الردة] [٢] قبل الدخول ؛ بانت في الحال [٣] .

٢٢١٩٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ ﴾ [٤] ، والنكاح من عمله ، فوجب أن يبطل في الحال .

٢٢١٩٣ – ولأنه ارتداد من أحد الزوجين ، فوجبت البينونة في الحال ، كما لو كان قبل الدخول [٥] .

٢٢١٩٤ – فإن قيل : الفرق يختلف فيها ما [٦] قبل الدخول وبعده ، بدلالة الطلاق .

٢٢١٩٥ – قلنا : وقد يستويان ، بدلالة : الطلاق الثلاث والخلع .

٢٢١٩٦ – على أن حكم الأمرين يفترق في الطلاق ، فأما الفرق الحكمية : فلا

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٧/٢) ، المبسوط (٤٩/٥) ، مجمع الأنهر (٣٧٢/١) ، وحاشية ابن عابدين (١٩٣/٣) ، شرح فتح القدير (٤٢٨/٣) ، البحر الرائق (٢١٤/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٩/٥) ، المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٩٨/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٥٤/٣) ، الإشراف لابن المنذر (٢١١/٤) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٣٤/٦) . ويرى المالكية : أنه إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول انفسخ النكاح في الحال ، وذكر في رواية عن مالك : أنه لا ينفسخ إلا بخروجها من العدة ، كقول الشافعي . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف ، للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٤/٢) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٩/٢) ، الكافي في فقه أهل المدينة للإمام ابن عبد البر (٥٤٣/٢) . وللحنابلة روايتان ، رواية يوافقون فيها الأحناف والمالكية ، والأخرى يوافقون فيها الشافعية . انظر : المغني لابن قدامة (٦٣٩/٦) ، الإفصاح (١٢٩/٢) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٥) انظر : المبسوط (٤٩/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

يختلف فيها ما قبل الدخول وبعده ، بدلالة الرضاع . وإذا ملك أحد الزوجين الآخر ، وإذا وطئ أم امرأته بشبهة .

٢٢١٩٧ - ولأنها عقوبة تتعلق بالردة ، [فوجب أن تتعجل ولا تتأجل كوجوب القتل .

٢٢١٩٨ - ولأنه زوال ملك تعلق بالردة] (1) على طريق التغليظ ، فلم يتأجل كزوال ملكه عن (2) ذمته .

فلا يلزم : عتق أمهات الأولاد ؛ لأنه لا يتأجل عندنا وإنما يتعلق بموته أو حكم الحاكم بلحاقه والتأجيل بالتأخر إلى مدة معلومة .

ولا يلزم : زوال ملكه عن أمواله على قول أبي حنيفة ؛ لأن الردة عنده سبب لزوال الملك في الحال (3) والزوال موقوف على فعله ، كالبيع المشروط فيه الخيار .

٢٢١٩٩ - ولا يجوز بمثله أن يوجد سبب الفرقة ويقف الزوال على اختياره ، بدلالة أنه لو طلق على أنه بالخيار ، لم يثبت الخيار .

٢٢٢٠٠ - ولأن الردة معنى طرأ على النكاح يتعلق به تحريم الوطء ، وحكم الفرقة يوجب تعجيل (4) البينونة كملك الزوجة زوجها والرضاع .

٢٢٢٠١ - ولا يلزم : إسلام أحد الزوجين ؛ لأن الطارئ هو (5) الإسلام ، وحكم الفرقة لا يتعلق عندنا .

٢٢٢٠٢ - ولأنها ردة تؤثر في الفرقة ، فتعجل البينونة ، كما لو كانت بعد الخلوة .

٢٢٢٠٣ - ولأن كل معنى أوجب البينونة في التي خلى بها أوجب البينونة في التي وطئها ، أصله : الخلع ، والرضاع .

٢٢٢٠٤ - ولأنه سبب حادث في النكاح يمنع ابتداءه ودوامه ؛ فتقع الفرقة في الحال ، كملك أحد الزوجين والرضاع .

٢٢٢٠٥ - ولأن البينونة لا تخلو إما أن تتعجل ، أو تتعلق بمضي الحيض ، ولا يجوز أن تتعلق بمضي الحيض .

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٩/٣) .
(٣) انظر : المبسوط (٤٩/٥) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٢٢٠٦ - ولأنه لو وطئها وجب المهر ، فلولا أن البينونة وقعت لم يجب المهر بالوطء ، فلم يبق إلا أن تكون البينونة متعلقة بالردة ، وقد وجدت فيجب أن تتعجل البينونة (١) .

٢٢٢٠٧ - فإن قيل : عندنا تقع البينونة بدوام الردة إلى أن تمضي ثلاث حيض .

٢٢٢٠٨ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن يبقى الملك ببقاء (٢) المدة ، فكان لا يجب المهر .

٢٢٢٠٩ - ألا ترى أنه لو قال : « إن دخلت الدار فمكثت فيها شهرًا (٣) فأنت طالق ثلاثا » فلم يزل الملك حتى يقع الدخول وتمضي المدة ، فلما قالوا : يجب المهر بالوطء ؛ دل على بطلان هذا القول .

٢٢٢١٠ - فإن قيل : الفرقة تقع باستمرار الردة إلى ثلاث حيض ، فإذا وجد ذلك وقعت الفرقة بالردة كما قلتم : إن قال : أنت طالق قبل موت فلان بشهر ، ثم (٤) مات فلان بعد شهر ، وقعت الفرقة مستندة إلى الوقت السابق .

٢٢٢١١ - قلنا : هناك علق الطلاق بزمان موصوف أنه قبل الموت بشهر ، والموت أمر كائن لا محالة إلا أن وقته مجهول ، فإذا مات ؛ استحق الشهر الذي قبله الوصف الذي علق الطلاق به ، فوقعت الفرقة من ذلك الوقت ، فأما استمرار الردة ثلاث حيض فليس بأمر كائن لا محالة ، وإنما هو فعل يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد ، [وإذا] (٥) تعلق الطلاق (٦) بفعل يمكن فعله ويمكن ألا يفعل ؛ لم يجز أن يقع إلا بعد وجوده (٧) ، كقوله : أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر (٨) .

٢٢٢١٢ - احتجوا : بأنها ردة طارئة على النكاح بعد الإصابة ؛ فوجب أن لا ترفع البينونة في الحال ، كما لو ارتدا معًا (٩) .

٢٢٢١٣ - قلنا : هناك لم يختلف بهما دين ، والفرقة متى وقعت لأجل الدين تعلقت بالاختلاف فيه ، بدلالة المسلمين والكافرين الأصليين لم يختلفا في الدين لم تقع

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٨/٣ ، ٤٢٩) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [ومتى] ، ولا وجه له .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [دخوله] ، ولا وجه له .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٨٤/٢) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « نكاح طرأت عليه الردة بعد الإصابة ، فلم تقع الفرقة في الحال كما لو ارتدا » .

بينهما فرقة لأجل الدين ، وفي مسألتنا : لما طرأ اختلاف دين يؤثر في الفرقة عجلها ؛ كما لو كان قبل الدخول [١] .

٢٢٢١٤ – فإن قيل : إذا تزوج المسلم بيهودية ثم تنصرا وقعت الفرقة ، ولم يوجد اختلاف الدين .

٢٢٢١٥ – قلنا : المسلم إذا تنصر فقد ارتد ، فلم يحصل له ملة ؛ لأن المرتد لا ملة له ؛ واليهودية إذا تنصرت أقرت ، فقد اختلفا في الدين من هذا الوجه ، ولهذا المعنى [٢] وقعت البينونة ، وقد قال في المجرد : الفرقة لا تقع بينهما . فسقط هذا السؤال [٣] .

٢٢٢١٦ – قالوا : اختلاف دين بعد [٤] الإصابة ، فوجب ألا تقع البينونة في الحال ، أصله : إذا أسلمت الحربية في دار الحرب [٥] .

٢٢٢١٧ – قلنا : قولكم : اختلاف دين لا تأثير له في الفروع على أصلكم ؛ لأنهما لو [٦] ارتدا معًا أو ارتد أحدهما كانا سواء في الأصل ، فليس المؤثر اختلاف الدين ، بدلالة أن المسلمة لو رجعت إلى دين الزوج ، وقعت الفرقة فعلم أن المؤثر ليس هو الاختلاف .

٢٢٢١٨ – ولأن الطارئ هنا كالإسلام ، ولا تأثير له في إبطال الأنكحة وكفر الآخر صح معه ابتداء العقد ، فأولى ألا ينفي البقاء ، وإنما المعنى فيه : أنه لو [٧] أسلم أحدهما في موضع تعذر على القاضي فيه عرض الإسلام على الذي لم يسلم [فوقعت الفرقة] [٨] بمضي الحيضة ، فأما في مسألتنا : فالردة سبب حادث يتعلق بالفرقة يمنع ابتداء النكاح ودوامه [٩] .

فإن قيل : لو خرج الزوجان بأمان فأسلم أحدهما ؛ وقعت الفرقة على مضي الحيض ، ولم يتعذر على القاضي العرض .

٢٢٢١٩ – قلنا : هو متعذر ، ولأن نعطيهم الأمان على أن نبقيهم على حكم دارهم .

---

(١) انظر : المبسوط (٥/٥٩) . (٢) ساقطة من (ع)

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤٣١) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه اختلاف دين بعد الإصابة ، فلم يتعجل به الفرقة ، كإسلام أحد الوثنيين » .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) . (٩) انظر : المبسوط (٥/٤٩) .

ارتداد الزوجين معًا

٢٢٢٢٠ - قال أصحابنا : إذا ارتد الزوجان معًا ؛ لم تقع الفرقة بينهما استحسانًا (١) .

٢٢٢٢١ - وقال زفر : تقع الفرقة (٢) ، وبه قال الشافعي (٣) .

٢٢٢٢٢ - لنا : أن العرب ارتدت بعد رسول الله ﷺ فقاتلهم أبو بكر [ﷺ] وبعث إليهم بالجنود حتى أسلموا (٤) ، ولم يفرق بينهم وبين أزواجهم ، ولو كانت الردة توجب الفرقة بكل حال لفرق بينهم (٥) .

٢٢٢٢٣ - فإن قيل : من أين لكم أنهم ارتدوا معًا ، والعادة أن ردة أحد (٦) الزوجين تسبق الآخر .

٢٢٢٢٤ - قلنا : لما طرأت الردة ولم يثبت سبق أحدهما الآخر ، فوقوع ذلك معًا ،

---

(١) الاستحسان : مشتق من الحسن ، والحسن هو ما حسن من كل شيء ، فهو استفعال من الحسن ؛ يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسيًا كان الشيء أو معنويًا . واصطلاحًا : هو عدول المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول ، وهو حجة عند الجمهور ، وليس بحجة عند الشافعية . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (١٣٦/٤) ، والمحصول ج٢ ق (٣ /١٦٦) .

(٢) انظر : قول الأحناف في البدائع (٣٣٧/٢) ، المبسوط (٤٩/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٩٦/٣) ، مجمع الأنهر (٣٧٣/١) ، شرح فتح القدير (٤٣٠/٣) ، البحر الرائق (٢١٦/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) . يقول الإمام السرخسي : وإذا ارتد الزوجان معًا فهما على نكاحهما استحسانًا وفي القياس : تقع الفرقة بينهما ، وهو قول زفر رحمه الله .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٥٧/٥) ، المهذب (٧٠/٢١) المجموع (٣١٦/١٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢١١/٤) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٣٤/٦) ، وفيه يقول : إذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ؛ وقعت الفرقة في الحال ، وإن كان بعد الدخول ؛ وقعت الفرقة على انقضاء العدة . ويرى مالك وأحمد رحمهما الله وقوع الفرقة بارتداد الزوجين معًا ، كما هو رأي الشافعي وزفر من الأحناف . انظر : الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٣٠/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٥/٢) ، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي للإمام ابن عبد البر ٥٤٣ .

(٤) ساقط من (ص) ، (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) . (٦) ساقط من (م) .

كالغرقى [١] .

٢٢٢٢٥ - فإن قيل : إنهم أسلموا قبل انقضاء العدة .

٢٢٢٢٦ - قلنا : من أين لكم/ هذا ، ومن أين لكم أن كلهن مدخول بهن ، وقد ٢٤٨/ امتدت المدة وطالت المحاربة ، والعدة تنقضي في مثل ذلك ؟ [٢] .

٢٢٢٢٧ - فإن قيل : الأصل النكاح ، فلما جاز أن تكون العدة قد انقضت ، وجاز ألا تكون انقضت لم ينفسخ النكاح بالشك .

٢٢٢٢٨ - قلنا : العادة في مثل انتقال القبائل [من دين إلى دين أنه لا يضبط مقدم كفر أحدهما على الآخر ، فكذلك لم يفصل ، وليس العادة] [٣] أن النساء لم يضبطن حيضهن حتى يحكم بأصل النكاح ، بل كان يجب أن يبين أن من انقضت عدتها ؛ فقد بانت من زوجها .

٢٢٢٢٩ - ولأنهما لم يختلفا في دين ، ولم تقع الفرقة بينهما لأجل الدين كالمجوسيين والمسلمين . ولا يلزم المسلم إذا تزوج اليهودية ثم تنصر [٤] ؛ لأن الحسن ذكر هذه المسألة في المجرد ، وقال : لا تقع الفرقة بينهما [٥] .

٢٢٢٣٠ - فإن قيل : المعنى في الأصل أنه يجوز ابتداء النكاح فجاز البقاء ، وفي مسألتنا : لا يجوز الابتداء فلم يجز البقاء .

٢٢٢٣١ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن أسلم وتحته حرة وأمة ، فأسلمت الأمة ، ثم أعتقت ، ثم أسلمت الحرة ، يجوز أن يبتدئ نكاح المعتقة ، ولا يجوز أن يبقى عليه عندهم . وعلة الفرع تبطل بالمعتدة ، لا يجوز أن يبتدئ العقد عليها ، ويجوز أن يبقى على نكاحها .

٢٢٢٣٢ - ولأنه تبديل دين ؛ فلا يعجل البينونة ، فلا تقع به الفرقة ، أصله : إسلام الكافرين ، وهذا تعليل الردة بعد الدخول [٦] .

٢٢٢٣٣ - احتجوا : بأنها ردة طارئة على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها وقوع

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٣٠/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٦) المعنى أنه لم يحدث بينهما اختلاف دين ولا دار فيبقى على ما كان عليه قياسًا على الكافرين إذا أسلما معًا . انظر : المبسوط (٥٠/٥) .

الفرقة ، أصله : إذا ارتدا معًا [١] .

٢٢٢٣٤ - قلنا : عندكم الردة يتعلق بها حكم الفرقة ، حتى يضم إليها عدم العدة ، أو استمرار الردة إلى حين انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل مضيها لم يقع بذلك فرقة ، فإن أردتم هذا ، فعندنا ردتهما جميعًا تتعلق بها الفرقة ، وإن أقاما على الردة لأن الرجل يقتل بحكم الردة ، فتقع الفرقة .

٢٢٢٣٥ - والمعنى في ردة أحدهما : أنهما اختلفا في الدين على وجه يمنع الابتداء والدوام ، فأثر ذلك في الفرقة . وفي مسألتنا : لم يختلفا في الدين ، والفرقة لأجل الدين تقع بالاختلاف فيه على ما بينا [٢] .

٢٢٢٣٦ - ولا يلزم : المسلم إذا تزوج بيهودية ، ثم تنصر ، لأنا بينا رواية « المجرد » أن الفرقة لا تقع .

٢٢٢٣٧ - ومن أصحابنا من أجاب عنه بأن معنى الاختلاف حاصل [٣] ؛ لأن المسلم انتقل إلى دين لا يقر عليه ويمنع المناكحة ، واليهودية انتقلت إلى دين تقر عليه ولا يمنع المناكحة [٤] .

٢٢٢٣٨ - قالوا : كل [٥] حكم تعلق بردة الزوج لم يمنع انضمام ردة الزوجة إليه من تعلقه بها ، أصله : استباحة دمه وماله [٦] .

٢٢٢٣٩ - قلنا : الفرقة عندنا لا تتعلق بردة في أحد الزوجين خالف بها إسلام الآخر .

٢٢٢٤٠ - ولأن الزوج إذا ارتد وجب لها نصف المهر والنفقة ، وإذا ارتدت لم يجب لها نفقة عندهم ولا مهر ، فهذا حكم يتعلق بردة أحد الزوجين ، ولا يتعلق بردتهما .

٢٢٢٤١ - ولأنه يختلف حكم الدين إذا تجدد لأحد الزوجين ، وحكمه إذا تجدد لأحدهما ، بدلالة أن إسلام أحدهما أو هجرته توجب الفرقة عندهم بعد مضى الحيض ، ولم يوجد ذلك منهما لم تقع الفرقة [٧] .

---

(١) انظر : المهذب (٧٠/٢) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) والذي أجاب ذلك من الأحناف هو الحسن الكرخي .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٧/٢) . (٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : حاشية المغربى على نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

٢٢٢٤٢ - قالوا : كل معنى وجد في الزوج أوجب الفرقة ، إذا وجد فيهما أوجب الفرقة ، كالموت والرضاع [١] .

٢٢٢٤٣ - قلنا : الردة الموجودة في الزوج لا توجب الفرقة عندنا ، وإنما توجب مخالفة دينه بالردة لإسلامها ، وهذا المعنى لا يوجد في ردتهما ، وتنتقض العلة بالإسلام ، فإنه إذا وجد في زوج الذمية والمجوسية أوجب الفرقة ، وإذا وجد فيهما لم يوجبها [٢] .

٢٢٢٤٤ - قالوا : هناك الموجب للفرقة اختلاف الدين [٣] .

٢٢٢٤٥ - قلنا : كذلك نقول في ردة الزوج [٤] .

* * *

(١) انظر : المغني لابن قدامة (٦٣٩/٦) . (٢) انظر : المبسوط (٥٠/٥) .
(٣) انظر : المهذب (٧٠/٢) .
(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٣١/٣) . انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) .

الفرق المتعلقة بالدين

٢٢٢٤٦ – قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أسلمت المرأة وأبي الزوج الإسلام وفرق القاضي بينهما كان ذلك طلاقًا . وإن ارتد الزوج وقعت الفرقة ، ولا يكون طلاقًا . وإن أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام ؛ لم يكن طلاقًا .

٢٢٢٤٧ – وقال أبو يوسف : الإباء والردة كلاهما ليس بطلاق .

٢٢٢٤٨ – وقال محمد : كلاهما طلاق [1] .

٢٢٢٤٩ – وقال الشافعي : الفُرَقُ المتعلقة بالدين كلها فسوخ وليست بطلاق [2] .

٢٢٢٥٠ – فالخلاف معه في إباء الزوج عن الإسلام .

والدليل على أنه طلاق : أنها فرقة تتعلق بسبب [من جهة الزوج طرأ على النكاح مختص به ، فصار كقوله : « أنت طالق » .

٢٢٢٥١ – ولا يلزم إباء المرأة ؛ لأن الفرقة تعلقت] [3] بسبب من جهتها .

٢٢٢٥٢ – ولا يلزم : ردة الزوج ؛ لأن الفرقة تعلقت بسبب من جهة الزوج ، غير مختص بالنكاح ؛ لأن الأحكام تتعلق بالردة سواء كان نكاحًا أو لا ، وعرض الإسلام على الإنسان لإسلام غيره لا يكون إلا في النكاح .

٢٢٢٥٣ – ولأن الفرقة على ضربين : فرقة تقع لأجل الدين ، وفرقة لغيره ، فإذا كان

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) ، المبسوط (٥٦/٥ ، ٥٧) مجمع الأنهر (٣٧٠/١) ، حاشية ابن عابدين (٣١٣/٣) ، شرح فتح القدير (٤٢٠/٣) ، البحر الرائق (٢١٤/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٨٤/٢) . فالإمام أبو حنيفة رحمه الله جعل ردة الزوج فسخًا ، وإباءه الإسلام طلاقًا ، وجعلهما أبو يوسف فسخًا ، وجعلهما محمد طلاقًا ، يقول الكاساني : « إن كان الإباء من الزوج ، يكون فرقة بطلاق في قول أبي حنيفة ، ومحمد وعند أبي حنيفة يكون فرقة بغير طلاق » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٥٧/٥) ، المهذب (٦٧/٢) ، المجموع (٢٩٩/١٦) ، حلية العلماء (٤٣٩/٦) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ ؛ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته ، فكانت فسخًا ، كسائر الفسوخ » اهـ . ويرى الإمام مالك وأحمد رحمهما الله أن الفرق المتعلقة بالدين كلها فسوخ ، كما اختار الشافعي وأبو يوسف .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

ما في أحد النوعين ما هو طلاق ، كذلك في النوع الآخر .

٢٢٢٥٤ – ولأنا قد دللنا على أن الفرقة قد لا تقع إلا بتفريق القاضي ، وكل فرقة يوقعها القاضي بسبب من جهة الزوج لا على طريق الفسخ لأصل النكاح فإنها طلاق ،[١] كفرقة العنة على أصلنا ، وفرقة الإيلاء على أصلهم .

٢٢٢٥٥ – ولا يلزم الفسخ بخيار البلوغ ، وعدم الكفاءة ؛ لأن التفريق هناك فسخ لأصل النكاح [٢] .

٢٢٢٥٦ – احتجوا : بأنها فرقة موجبها اختلاف الدين ، فوجب أن تكون فسخًا ، كما لو أسلم هو [٣] .

٢٢٢٥٧ – قلنا : إذا أسلم الزوج فسبب الفرقة من جهة الزوجة ، وهي لا تملك الطلاق ، وفي مسألتنا الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج طرأ على النكاح مختص به [٤] .

٢٢٢٥٨ – قالوا : إذا أسلمت فالفرقة جاءت بسبب منها أيضًا وهو الإسلام [٥] .

٢٢٢٥٩ – قلنا : غلط ؛ لأن الإسلام يصحح العقود ولا يبطلها ، وإنما تقع الفرقة [٦] لإباء الزوج الإسلام [٧] .

٢٢٢٦٠ – قالوا : كل فرقة [٨] لو جعلت بسبب من جهة الزوجة كانت فسخًا ، كالرضاع وملك أحد الزوجين للآخر [٩] .

٢٢٢٦١ – قلنا : هذه الأسباب غير مختصة بالنكاح ، وإذا وقعت الفرقة بها لم تكن طلاقًا ؛ لأن الطلاق مختص بالنكاح ، والفرقة في مسألتنا تتعلق بسبب مختص بالنكاح[١٠] طارئ عليه ؛ فلذلك كانت طلاقًا [١١] .

---

(١) قاعدة : كل فرقة يوقعها القاضي بسبب من جهة الزوج لا على طريق الفسخ لأصل النكاح فإنها طلاق كفرقة العنة » .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢ ، ٣٣٧) . ونجيب عن هذا : بأن الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لا طلاق ؛ لأنها عريت عن صريح لفظ الطلاق وكناياته ، فصارت فسخًا كسائر الفسوخ . انظر : المهذب (٦٧/٢) ، والمغني لابن قدامة (٦١٤/٦) .

(٣) انظر : المغني (٦١٤/٦) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٩/٣) .

(٥) انظر : المجموع (٢٩٩/١٦) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٦/٢) .

(٨) قاعدة : « كل فرقة لو جعلت بسبب من جهة الزوجة كانت فسخًا كالرضاع وملك أحد الزوجين للآخر » .

(٩) انظر : المغني (٦١٧/٦) .

(١٠) ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : حاشية ابن عابدين (٣١٣/٣) .

انتقال الذمي من دين إلى دين

٢٢٢٦٢ – قال أصحابنا : إذا انتقل الذمي من دين إلى دين ، لم يعترض عليه ، وأقر على الدين الثاني [١] .

٢٢٢٦٣ – [وهو أحد قولي الشافعي وقال في كتاب [٢] « الجزية » : لا يقر على الدين الثاني] [٣] .

٢٢٢٦٤ – وما الذي يصنع به ؟ قالوا : يجبر على الإسلام ولا يقبل منه غيره في أحد القولين ، وفي قول آخر : يقبل منه الإسلام أو العود إلى الدين الأول ، فإن امتنع من ذلك ؛ يرد إلى مأمنه في دار الحرب ولا يقبل ، ومنهم من قال : إن فيها قولا آخر أنه يقتل كما يقتل المرتد [٤] .

٢٢٢٦٥ – لنا : أنه إذا انتقل من كفر إلى كفر ؛ فلا يعترض عليه مع [الذمة] [٥] ، كما لو انتقل النصراني من فرقة إلى فرقة [٦] .

٢٢٢٦٦ – فإن قيل : النصرانية ملة واحدة ؛ لأنهم يؤمنون بنبي واحد ، وكتاب واحد ويختلفون في تأويله ، كالمسلمين ، واليهود ، والنصارى اختلفت

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٣٢/٣) ، البحر الرائق (٢١٠/٣) ، المبسوط (٤٨/٥) وفيه يقول السرخسي : « إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة » اهـ .

(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٨٣/٤) ، المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٩٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، حلية العلماء (٤٣٤/٦ ، ٤٣٥) ، وفيه يقول : « إذا انتقل الكتابي إلى دين لا يقر عليه أهله لم يقر عليه ، ولا يقبل منه الإسلام في أصح الأقوال ، وفي الثاني : يقبل منه الإسلام ، أو الدين الذي كان عليه ، والثالث : أنه يقبل منه الإسلام ، أو الدين الذي كان عليه ، أو دين يقر عليه أهله » اهـ . وأما المالكية : فلم نعثر لهم على رأي في هذه المسألة ، وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية في أقوالهم الثلاثة . انظر : المقنع (٦٩/٣) ، شرح منتهى الإرادات (١٣٨/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [الذية] ، ولا وجه له .

(٦) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

مللهم (١) .

٢٢٢٦٧ - قلنا : هم في حكم ملة واحدة أيضًا ، بدلالة : اجتماعهم على اعتقاد واحد يقرون عليه .

٢٢٢٦٨ - ولأن الكفر ملة واحدة ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ﴾ (٢) .

٢٢٢٦٩ - وقال النبي [ﷺ] : « نحن خير ، وجميع الناس خير » (٣) .

٢٢٢٧٠ - ولا يقال : إن قوله : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ ﴾ أي أديانكم ، فعبر بالجماعة عن الواحد ؛ لأن هذا غير الظاهر .

٢٢٢٧١ - ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه (٤) وهو مخالفة النبي [ﷺ] ، فصاروا كالمسلمين (٥) .

٢٢٢٧٢ - فإن قيل : لما جاز أن يتزوج بعضهم دون بعض ؛ دل على أنهم ملل مختلفة .

٢٢٢٧٣ - قلنا : هم فيما بيننا وبينهم ملل مختلفة (٦) ، بدلالة ما ذكرت ، وهم فيما بينهم ملة واحدة ، فإذا ثبت أنهم ملة واحدة ؛ لم يعترض عليهم في التنقل لغيرها ، كما لا يعترض على اليهود إذا انتقلوا من ملة إلى ملة .

٢٢٢٧٤ - ولأنه لا يخلو إما أن نجبره على الإسلام ، أو العود إلى الدين الأول ، أو على ترك الثاني [ولا يجوز أن يجبر على الثاني] (٧) ولا يجوز أن نجبره على الإسلام ؛ لأن الذمي لا يجبر على الإسلام ، ومن كان من أهل دارنا لا يجبر على الإسلام قبل اعتقاده ، ولايلزمه العود إلى الدين الأول ؛ لأنه كفر ، ولا يسوغ لنا أن نجبر الناس على الكفر .

(١) اليهود : هم أمة موسى ﷺ ، وكتابهم التوراة ، واختلف اليهود إلى إحدى وسبعين فرقة أشهرها العنانية ، والعيسوية واليوذعانية ، والسامرة ، وتشعبت منهم الفرق إلى إحدى وسبعين فرقة . انظر : الملل والنحل ، للشهرستانى (٩٥-٩٩) ، بتصرف ، الناشر مؤسسة ناصر للثقافة ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨١م والنصارى : هم أمة المسيح عيسى ابن مريم رسول الله ، وكلمته ، ﷺ ، وافترقت النصارى إلى اثنتين وسبعين فرقة ، وكبار فرقهم ثلاثة : الملكانية ، والنسطورية ، واليعقوبية ، وتشعبت منها الإليانية والبليارسية ، والمقدانوسية والسبالية ، والبوطينوسية ، والبولية ، إلى سائر الفرق . انظر : الملل والنحل ، للشهرستاني .

(٢) سورة الكافرون : الآية ٦ .

(٣) لم نقف على أصل لهذا الحديث .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) ساقط من (ج) ، (ع) .

٢٢٢٧٥ – ولأن النصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ، ولا يجوز أن نلزمه ترك الاعتقاد الثاني ؛ لأن ترك الاعتقاد من غير أن يعتقد شيئًا كفر ؛ فلا يلزمه إياه ، فإذا بطلت هذه الوجوه ؛ لم يبق إلا أن لا يعترض عليه .

٢٢٢٧٦ – ولأنه انتقل إلى دين لو كان عليه ابتداء لم يعترض عليه ؛ فلم يجز الاعتراض عليه [١] .

٢٢٢٧٧ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ ﴾ [٢] .

٢٢٢٧٨ – قلنا : هذا يدل على أن اللَّه تعالى لا يقبل دينًا غير دين الإسلام وكذلك نقول ، وليس إذا لم يقبله اللَّه تعالى [٣] لم يقر عليه ؛ لأن الدين الذي انتقل عنه لا يقبله اللَّه منه ، وقد كان مقرًا عليه [٤] .

٢٢٢٧٩ – احتجوا بقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » [٥] .

٢٢٢٨٠ – قلنا : ذكره ﷺ زجرًا عن تبديل الدين وتركه ، ولا يزجر على ترك الكفر ومفارقته ، وإنما يزجر على ترك الإسلام ؛ فدل على أن المراد بالخبر تبديل الإسلام دون الكفر [٦] .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٢١٠/٣) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) .
والمعنى : أنه إذا كان ما يعتقده لا ينافي عقد الذمة ابتداء فلا يكون منافيًا للبقاء أيضًا ، فإن كان ما عليه كان كفرًا ، فكيف نجبره على العود إليه ، والنصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهرًا فكيف يجبر على العود إلى التثليث ؟ . انظر : المبسوط (٤٨/٥) بتصرف .

(٢) سورة آل عمران : الآية ٨٥ .
ووجه الاستدلال من الآية الكريمة : هو أن الذمي اعترف بداية ببطلان كل دين سوى دينه ، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه ؛ فلم يبق إلا الإسلام . انظر : حلية العلماء (٤٣٥/٦) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

(٥) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، كتاب استتابة المرتدين ، باب حكم استتابة المرتد والمرتدة فتح الباري (٢٧٩/١٢) ، حديث رقم ٦٩٢٢ ، ط : دار الريان للتراث . ووجه الاستدلال من الحديث : هو أنه بانتقاله من دين إلى دين فإنه يكون قد بدل دينه فيقتل عملًا بعموم الحديث ، ولكنه لا يقتل إلا بعد عرض الإسلام عليه ، فإن أسلم كان خيرًا ، وإلا طلب منه العود إلى دينه الأول ، فإن امتنع ؛ ألحق بمأمنه إن كان له مأمن ، قياسًا على من نبذ العهد ، ثم بعد ذلك هو حربي إن ظفرنا به قتلناه . انظر : مغني المحتاج (١٩٠/٣) بتصرف .

(٦) المعنى : أن المراد من الحديث : من بدل بدين الإسلام دينا آخر قتل ؛ لأن الدين في الحقيقة هو الإسلام لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ﴾ من الآية ١٩ من سورة آل عمران انظر : فتح الباري (٢٨٤/١٢) ط دار الريان للتراث .

٢٢٢٨١ - قالوا : انتقل إلى دين باطل اعترف ببطلانه ، وجب أن لا يقر عليه ، أصله : المسلم إذا ارتد [١] .

٢٢٢٨٢ - قلنا : المسلم لا يقر على ترك دينه سواء انتقل/ إلى دين باطل ، أو لم ينتقل ، فعلم أن الحكم يتعلق بتركه دين الحق ، لا باعتقاد دين باطل . ٢٤٩

٢٢٢٨٣ - ولأن المعنى في المسلم أنه ترك دين الحق ، وهذا المعنى لا يوجد في النصراني إذا تهود ، فتبطل هذه العلة باليهودي إذا تنصر ثم عاد إلى اليهودية ؛ فإنه يقر على ذلك في أحد القولين ، وإن انتقل إلى دين باطل اعترف ببطلانه [٢] .

٢٢٢٨٤ - قالوا : عابد الوثن إذا كان عربيًا ، فانتقل إلى اليهودية بعد ظهور دعوة النبي ﷺ لم يقر على ذلك ، وإن كان لم يفارق دين الحق [٣] .

٢٢٢٨٥ - قلنا : هذا غير مسلم ، بل يقر عليه ويصير كعرب أهل الكتاب [٤] .

* * *

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . وانظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنه انتقل إلى دين باطل ، فأشبه المسلم إذا ارتد » .

(٢) انظر : البحر الرائق (٢١٠/٣) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٥٩٣/٦) .

(٤) انظر : شرح زيادات الزيادات للسرخسي ١١٢ .

اختلاف الدين بين الكتابيين

٢٢٢٨٦ - قال أصحابنا : إذا تهود النصراني أو تمجس ، وتهودت المرأة وزوجها نصراني ؛ لم يعترض لها في النكاح [١] .

٢٢٢٨٧ - وقال الشافعي في أحد قوليه : هو كارتداد المسلم [٢] .

٢٢٢٨٨ - لنا : ما بينا أنه لا يعترض عليهم في الانتقال ، ومن استحدث دينًا لا يعترض عليه فيه لم تقع الفرقة بينه وبين زوجته الكتابية ، كاليهودى إذا أسلم ، وكالنصرانى إذا انتقل من فرقة [إلى فرقة] [٣] .

٢٢٢٨٩ - ولأن هذا [الدين] [٤] ، لا ينافي ابتداء النكاح منهما ، فلم يناف البقاء عليه ، أصله : إذا أسلم زوج النصرانية [٥] .

٢٢٢٩٠ - والشافعي بني على أصله أن هذا الدين لا يقر عليه ، فصار كالمسلم إذا ارتد [٦] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٩٩/٣) ، البحر الرائق (٢١٠/٣) ، المبسوط (٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (٤٣٢/٣) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٨٤/٢) ، يقول الإمام السرخسي : إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة .

(٢) انظر : المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٩١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، وحلية العلماء (٤٣٥/٦) . يقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج : « ولو تهود وثني أو تنصر ؛ لم يقر بالجزية ، ويتعين الإسلام في حقه ، كمسلم ارتد » اهـ . انظر : مغني المحتاج (١٩١/٣) . وأما المالكية : فإنهم يرون أنه إذا اختلف الدين بين الكتابيين ؛ فإنه ينفسخ النكاح بينهما بذلك كأحد قولي الشافعي . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٨/٣) . وللحنابلة روايتان ، الأولى : يوافقون فيها الشافعي في أحد قوليه ومالك في أنه لا يقر عليه ؛ لأنه كالمرتد . والثانية : يقر على ذلك ، ولا يعترض لهما في النكاح كما هو مذهب الأحناف . انظر : المغني (٥٩٣/٦) ، والمقنع (٦٩/٣) .

(٣) ساقط من (م) .
(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

(٦) انظر : المهذب (٧٠/٢) ، مغني المحتاج (١٩١/٣) .

نكاح الولد المتولد بين مجوسي وكتابية

٢٢٢٩١ - قال أصحابنا : الولد المتولد بين المجوسى والكتابية تجوز أنكحته ، وتؤكل ذبيحته [١] .

٢٢٢٩٢ - وقال الشافعي : هو على [٢] دين الأب ؛ لا تؤكل ذبيحته ، وإن كانت أنثى لم يجز للمسلم تزويجها [٣] .

٢٢٢٩٣ - لنا : أن أحد أبويه يحل أكل ذبيحته ومناكحته ، فالولد في حكمه ، كما لو كان الأب مسلمًا ، أو كما لو كانت الأمة مجوسية والأب كتابيًا .

٢٢٢٩٤ - ولأن أحد الأبوين [يؤمن بكتاب من كتب الله تعالى ، فالولد تابع له في الدين كالمسلم ، ولأن لأحد الأبوين] [٤] حكم الإسلام ، بدلالة أن الكتابي في حكم المسلمين في الذبائح والمناكحة ؛ فصار كأحد الأبوين إذا كان مسلمًا [مجنونًا] [٥] والآخر مجوسيًا [٦] .

---

(١) انظر : المبسوط (٤٤/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) ، شرح فتح القدير (٤٣٢/٣) يقول الإمام السرخسي : « ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين » . اهـ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر قول إمامنا الشافعي رحمه الله في : المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٦/١٦) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٨/٦) . ولقد فرق الشافعية بين الولد المتولد بين وثنى وكتابية ، وبين الولد المتولد بين كتابي ووثنية ، فقالوا في المتولد بين وثنى وكتابية : يحرم نكاحه قولًا واحدًا ؛ لأن الولد حكمه في النكاح كحكم أبيه ، أما المتولد بين كتابى ووثنية : ففيه قولان : أحدهما : أنها لا تحرم ؛ لأن الأب من أهل الكتاب ، والثاني : أنها تحرم ؛ لأنها لم تتمحض كتابيتها . يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية ، ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه ، فكان حكمه في النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان : أحدهما : أنها لا تحرم عليه لأنها من قبيلة الأب ، والأب من أهل الكتاب ، والثاني: أنها تحرم ؛ لأنها لم تتمحض كتابية ، فأشبهت المجوسية » . انظر : المهذب (٥٨/٢) . وأما المالكية : فلم نعثر على رأي لهم في تلك المسألة . وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : المغني (٤٩٢/٦) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) بياض في (م) ، وفي (ن) ، (ع) : [مجوسيًا] .

(٦) انظر : المبسوط (٤٤/٥) .

٢٢٢٩٥ - احتجوا بقوله تعالى [(١)] : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ [(٢)] .

٢٢٢٩٦ - قلنا : أجمعنا أن المراد بذلك الوثنيات والمجوسيات ، وقد اختلفنا في هذه ، فزعم مخالفنا أنها في حكم الأب ، وخالفناه في ذلك ؛ فلم يصح التعلق بالآية إلا بعد إثبات دينها [(٣)] .

٢٢٢٩٧ - قالوا : كافرة تنسب إلى كافر لا حكم لذبيحته ، فصارت كولد المجوسية [(٤)] .

٢٢٢٩٨ - قلنا : ينتقض إذا كانت أمها مسلمة وأبوها مجوسيا ، والمعنى في الأصل : أنه لا يثبت لأحد أبويه حكم الإسلام ، وفي مسألتنا بخلافه [(٥)] .

٢٢٢٩٩ - قالوا : اجتمع في هذا الولد حكم الحظر والإباحة ، فوجب أن يغلب الحظر ؛ كالمتولد بين الحمار الأهلي والوحشي [(٦)] .

٢٢٣٠٠ - قلنا : ينتقض إذا كان أحد أبويها قد أسلم [(٧)] .

٢٢٣٠١ - قالوا : إذا كان أحدهما مسلمًا جاز مناكحتها ، لقوله ﷺ : « الإسلام [(٨)] يعلو ولا يعلى » [(٩)] .

٢٢٣٠٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن من مذهبكم أن القياس إذا دخل عليه النقض بطل ،

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .
ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن المتولدة بين وثني ومجوسية مشركة يحرم نكاحها عملًا بعموم الآية .
(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥/٢) . (٤) انظر : المهذب (٥٧/٢) .
(٥) انظر : المبسوط (٤٤/٥) . (٦) انظر : مغني المحتاج (١٩٠/٣) .
والحمار الأهلي : جمعه حمير وأحمرة ، وكنية الحمار أبو صابر ، وأبو زياد ، ويقال للحمارة : أم محمود ، وأم نافع ، وأم وهب ، وأم جحش ، وأم تولب ، وليس في الحيوان ما ينزو على غير نفسه إلا الحمار والفرس ، والحمار الأهلي يحرم أكله عند أكثر أهل العلم ، وادعى ابن عبد البر الإجماع على تحريمه . انظر : حياة الحيوان لكمال الدين الدميري (٢٣٨/١ ، ٢٥١) ، الناشر دار الفكر : بيروت . والحمار الوحشي : يسمى الفرا ، وهو شديد الغيرة ؛ فلذلك يحمى عانته الدهر كله ، ويقال : إنه يعيش مائتي سنة وأكثر ، والحمار الوحشي يحل أكله بالإجماع انظر : حياة الحيوان للدميري (٢٥٣/١ ، ٢٥٤) .
(٧) أي اجتماع الحظر والإباحة ينتقض بمن أسلم أحد أبويها والآخر على دينه . انظر : حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) .
(٨) ساقطة من (ع) .
(٩) أخرجه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات ، هل يصلى عليه ، وهل يعرض على الصبي الإسلام ، موقوفًا عن ابن عباس ، (٢٣٤/١) . صحيح البخاري مع حاشية السندى ، ط : عيسى البابي الحلبي ، والدارقطني كتاب النكاح ، باب المهر (٢٥٢/٣) ، والطحاوي في شرح الآثار ، باب إسلام أحد الزوجين عن ابن عباس (١٥٠/٢) ، وفي إسناده عبد الله بن حشرج ، قال الدارقطني : مجهول .

وإن كان في موضع النقض مستثنى بنص ؛ لأن الاطراد عندكم من شرط القياس [1] .

٢٢٣٠٣ - فإن قلتم : هذا النص داخل على العلة لولا الخبر ، فقد صرتم إلى التخصيص [2]. فهو خلاف مذهبكم .

٢٢٣٠٤ - فإن جعلتم هذا المعنى ، وقلتم : اجتمع الحظر والإباحة ، ولم يعل أحدهما الآخر لم نسلمه ؛ لأن عندنا أن حكم الكتابي يعلو المجوسى ، كما يعلو المسلم الكتابي [3] ، وينتقض هذا المعنى بالمجوسى والمسلم إذا اشتركا في الذبائح ، فإنه لا يؤكل لاجتماع الحظر والإباحة ، وإن كان الإسلام يعلو .

* * *

---

(١) النقض في اللغة : الحل والإبطال ، وفي اصطلاح الأصوليين : هو تخلف الحكم مع وجود ما ادعى كونه علة له . وقد اتفق الأصوليون على أن النقض إذا كان واردًا على سبيل الاستثناء لا يقدح مع كون الوصف علة في غير الصورة المستثناة ولايبطل علته . أما إذا كان واردًا على غير سبيل الاستثناء ؛ فقد اختلف الأصوليون في كونه قادحًا أو غير قادح على مذاهب كثيرة أشهرها ما يأتي :

المذهب الأول : لا يقدح النقض في العلة مطلقًا ، وهو مذهب الأحناف ويسمونه تخصيص العلة .

المذهب الثاني : يقدح النقض في العلة مطلقًا ، وهو مذهب الشافعي .

المذهب الثالث : يقدح النقض في العلة المستنبطة ولا يقدح في المنصوصة .

ولقد أجاب الإمام أبو إسحاق الشيرازي في كتابه « اللمع » على الأحناف الذين زعموا أن وجود العلة من غير حكم ليس بنقض لها بل هو تخصيص لها قائلًا : والدليل على فساد ذلك : هو أنها علة مستنبطة فإذا وجدت من غير حكم وجب الحكم بفسادها . انظر اللمع ص ٦٤ ط مصطفي البابي الحلبي ، ط ٣ ، ١٣٧٧ هـ الأحكام للآمدي (٨٩/٤) ، نهاية السول للإسنوي (٧٧/٤) ، أصول الفقه للشيخ زهير (١٢١/٤) .

(٢) التخصيص : هو إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه ، وتخصيص العلة ، جوزه أكثر أصحاب أبي حنيفة ، ومالك وأحمد ، ومنع ذلك أكثر أصحاب الشافعي ، وقد قيل : إنه منقول عن الشافعي . ونقول : إن تخصيص العلة ليس خلاف المذهب مطلقًا ؛ لأن هناك من الشافعية من يقول بتخصيصها كما فهم ذلك من كلام الآمدي . وانظر : المحصول ج١ ق (٧/٣) ، الإحكام (٢١٨/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٤٤/٥) .

إتيان الزوجة في الموضع المحرم

٢٢٣٠٥ – قال أصحابنا : لا يجوز إتيان النساء في أدبارهن [١] . وهو المشهور من قول الشافعي [٢] .

٢٢٣٠٦ – وحكى محمد بن عبد الله بن عبد الحكم [٣] ، أنه قال : ما صح عن رسول الله ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء ، والقياس أنه حلال . قال الربيع [٤] : كذب والذي لا إله إلا هو [٥] .

٢٢٣٠٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى

(١) انظر قول الأحناف في : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٣٣٢/٣) وفيه يقول : « وكذا لا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الظاهر : يباح » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٩٤/٥) ، المهذب (٨٤/٢) ، المجموع (٤١٩/١٦ ، ٤٢٠) ، مناقب الشافعي لأبي حاتم الرازي ص ٢١٦ ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٥٧/٤) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٥٢٥/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (١٩٥/١) ، اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري ص ٣٠٤ ، وفيه يقول : « وقال الشافعي : الإتيان في الدبر حتى يبلغ منه مبلغ الإتيان في القبل محرم بدلالة الكتاب والسنة » . وأما مذهب الإمام مالك رحمه الله ؛ فقد حكى أهل الغرب عنه إباحة ذلك ، وحكاه في الحاوى عن ابن أبي مليكة وزيد بن أسلم ، والأصح القول بتحريمه ، يقول الإمام ابن عبد البر في كتابه الكافي في فقه أهل المدينة : « ولا يأتي امرأة في دبرها حائضًا ولا طاهرًا » . انظر : الكافي لابن عبد البر (٥٦٣/٢) . ويرى الحنابلة تحريمه قولًا واحدًا ، كما هو مذهب الجمهور . انظر : المقنع (١٠٣/٣) ، المغني (٥٧٧/٦) .

(٣) هو : أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المصرى ، ولد سنة (١٨٢هـ) وصحب الشافعي عندما قدم إلى مصر وتفقه عليه ، وأثنى عليه الشافعي قائلًا : « وددت لو أن لي ولدًا مثل هذا ، وعلى ألف دينار دينا لا أجد لها وفاء » . توفي رحمه الله سنة (٢٦٨هـ) . انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٢٩/١) ، شذرات الذهب (١٥٤/٢) .

(٤) هو : أبو محمد الرَّبيع – « مصغرًا » – ابن سليمان بن عبد الله المرادي المصري خادم الإمام الشافعي ، وروى عنه كتابه الأم وغيره من الكتب ، وتوفي رحمه الله سنة (٢٧٠هـ) . انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٣٠/١) ، طبقات الشيرازي ص ٧٩ .

(٥) انظر : مناقب الشافعي لأبي حاتم الرازي ص ٢١٦ ، نيل الأوطار (٢٠١/٦) ، سبل السلام (١٣٨/٣) ، تفسير ابن كثير (٢٦٥/١) .

﴿ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ (١) ، فأمر باعتزال الحائض ، ونهى عن قربها حتى تطهر ، فلو كان يجوز الوطئ في غير الفرج ، لم يحرم قربها بكل حال (٢) .

٢٢٣٠٨ - فإن قيل : المحيض مكان الحيض ، كقولهم : مقيل ومبيت ، وإنما أمر باعتزال مكان الحيض .

٢٢٣٠٩ - قلنا : وقد يعبر به عن حال الحيض ، فيقتضي ذلك النهي عن قربها في تلك الحال وهو عام ، ويدل عليه : ما روى حماد بن سلمة (٣) ، عن حكيم (٤) بن أبي تميمة (٥) ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « من أتى خادمًا أو امرأة في دبرها ، أويحل هذا ، فقد كفر بما أنزل على محمد » (٦) .

٢٢٣١٠ - قال الطحاوي : وهذا خبر صحيح في هذا الباب (٧) . وقد روي فيه أخبار لا تصح (٨) .

٢٢٣١١ - ولأن الله تعالى حرم وطئ الحائض ، وعلله بالأذى وهذا موجود في هذا

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ . (٢) انظر : تحفة الفقهاء (٣٣٢/٣) .

(٣) هو : حماد بن سلمة بن دينار البصري ، أبو سلمة ، مفتي البصرة ، وأحد رجال الحديث ، حافظ ثقة ، إلا أنه لما كبر ساء حفظه فتركه البخاري ، وأما مسلم فاجتهد وأخذ من حديثه بعض ما سمع منه قبل تغيره ، وتوفي سنة (١٦٧هـ) . انظر : الأعلام (٣٠٢/٢) ، حلية الأولياء (٤٩/٦) ، التهذيب (١١/٣) .

(٤) هو : حكيم الأثرم ، بصري صدوق ، روى عن : أبي تميمة والحسن ، وروى عنه : حماد بن أبي سلمة وعوف . انظر : تهذيب التهذيب (٤٥٢/٢) ، الكاشف (١٤٩/١) .

(٥) أبو تميمة الهجيمي ، واسمه طريف بن مجالد ، مات سنة (٩٥هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٩٢ ، ترجمة رقم ٦٧٠ .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٧) ، كتاب النكاح ، باب إتيان النساء في أدبارهن ، كما أخرجه بهذا السند ابن عدي في الكامل (٢٢٠/٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٥/٣) بسنده .

(٧) لا نسلم هذه المقولة التي قالها الطحاوي ؛ لأن ابن عدي قال : قال البخاري : حكيم الأثرم بصرى ، عن أبي تميمة الهجيمي ، عن أبي هريرة : « من أتى كاهنًا » لا يتابع في حديثه ، ولا يعرف لأبي تميمة سماع من أبي هريرة . ثم قال ابن عدي : وحكيم الأثرم يعرف بهذا الحديث وليس له غيره إلا اليسير . اهـ . انظر : الكامل لابن عدي (٢٢٠/٢) .

(٨) منها ما روي من حديث أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « ملعون من أتى امرأة في دبرها » ، الحديث أخرجه السيوطي في الجامع الصغير (٣/٦) حديث رقم ٨٢٠٤ . قال المناوى شارح الحديث : « قال ابن حجر : في سنده خالد بن مخلد ليس بمشهور ، وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهل » اهـ . ثم قال المناوى : فرمز المصنف لصحته غير مسلم . انظر : فيض القدير شرح الجامع الصغير (٤/٦) .

الموضع .

٢٢٣١٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ ۝ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم ﴾ [1] ؛ فدل على أن الله تعالى قد أباح من الزوجة ما حرمه من الغلام .

٢٢٣١٣ - قلنا : لو كان كذلك لقال : « وتذرون أزواجكم » ، فلما قال : ﴿ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم [2] ﴾ ؛ دل [3] على أن المباح منها معنى مخصوص ، وليست الإباحة على [العموم] [4] ، وإنما قال : ﴿ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم ﴾ ؛ لأن المباح من المرأة يقصد به من اللذة ما يقصد بوطء الذكر [5] .

٢٢٣١٤ - احتجوا بقوله : تعالى : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ [6] .

٢٢٣١٥ - قلنا : الحرث هو المكان الذي يقصد بإتيانه وإيقاع الفعل فيه الولد ، وذلك لا يكون إلا في الفرج [7] .

٢٢٣١٦ - فإن قيل : روى زيد بن أسلم [8] عن ابن عمر ، أن رجلًا أتى امرأة في دبرها ، فوجد في نفسه من ذلك وجدا شديدًا ، فأنزل الله تعالى ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ [9] .

٢٢٣١٧ - قلنا : زيد بن أسلم لم يعرف له سماع من عبد الله عمر ؛ فالحديث مقطوع .

---

(١) سورة الشعراء : الآية ١٦٥ ، ١٦٦ . (٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [العوض] ، ولا وجه له .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٣٣٢/٣) ووجه الاستدلال من الآية الكريمة : هو أن النكاح قد أحل للمتزوج ما كان حرامًا ، وإذا كان ذلك كذلك لم يكن القبل في التحليل من الدبر . انظر : اختلاف العلماء لابن جرير الطبري ص٣٠٥ .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

(٧) انظر : فتح الباري (١٩٠/٨) ، تفسير سورة البقرة باب ٣٩ .

(٨) هو : زيد بن أسلم ، أبو عبد الله العدوي العمري المدني الفقيه ، حدث عن : والده أسلم مولى عمر ، وعن عبد الله بن عمر ، وجابر بن عبد الله ، ومسلمة بن الأكوع وغيرهم ، وحدث عنه : مالك ، وسفيان الثوري ، والأوزاعي ، وغيرهم ، وكان له حلقة للعلم في مسجد رسول الله ﷺ ، وهو من العلماء العاملين ، توفي سنة (١٣٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٦/٥) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ٨٠ .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

والحديث أخرجه البخاري ، في تفسير سورة البقرة ، باب ٣٩ من طريق نافع عن ابن عمر ، وذكره الحافظ ابن حجر من رواية زيد بن أسلم عنه . انظر : فتح الباري (١٨٩/٨ ، ١٩٠) .

٢٢٣١٨ - وقد روي في سبب نزول هذه الآية حديث سفيان (١) ، عن محمد بن المنكدر (٢) ، عن جابر أن اليهود قالوا : من أتى امرأة في فرجها من دبرها ، خرج ابنها أحول ، فأنزل اللَّه [تعالى] : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ ، وهذا خبر متصل روي في سبب نزول الآية مخالف للخبر (٣) المقطوع ، فالرجوع إليه أولى (٤) .

٢٢٣١٩ - قالوا : روى مالك ، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن (٥) ، عن أبي الحباب سعيد بن يسار (٦) أنه سأل ابن (٧) عمر عنه ، فقال : لا بأس به (٨) .

٢٢٣٢٠ - قلنا : قد روى الليث بن سعد (٩) ، عن الحارث بن يعقوب (١٠) عن سعيد بن يسار أبي الحباب ، قال : قلت لابن عمر ، ما تقول في الجوارى ؟ أنحمض

---

(١) هو : سفيان بن عيينة .

(٢) هو : محمد بن المنكدر بن عبد اللَّه بن الهدير التيمي ، روى عن : أبيه ، وجابر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهم ، وروى عنه : أبو حنيفة ، ومالك وشعبة والسفيانان ، قال ابن عيينة : كان من معادن الصدق ، ويجتمع إليه الصالحون ، مات سنة (١٣٠هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ٥١ ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ٦٥ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، تفسير سورة البقرة ، صحيح البخاري بحاشية السندي (٢٠٦/٣) .

(٥) هو : ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، مفتي المدينة ، أبو عثمان ، ويقال : أبو عبد الرحمن القرشي التيمي ، مولاهم ، المشهور بربيعة الرأي من موالى آل المنكدر ، روى عن أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، والسائب بن يزيد وغيرهم ، وروى عنه الأوزاعي ، وشعبة ، ومالك وعليه تفقه ، وسفيان الثوري وغيرهم وثقه ابن حنبل ، وأبو حاتم ، وقال الخطيب : فقيه ، عالم ، حافظ للفقه والحديث ، مات سنة (١٣٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٩/٦) ، وتاريخ بغداد (٤٢٠/٨) .

(٦) هو : سعيد بن يسار ، أبو الحباب المدني ، مولى ميمون وثقه ابن معين ، وتوفي سنة (١١٧هـ) . انظر : البداية والنهاية (٣٥٣/٩) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٥/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤١/٣) ، والحافظ ابن كثير في تفسيره (٢٦٢/١) .

(٩) هو : الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، الإمام الحافظ ، أبو الحارث ، عالم الديار المصرية الفهيمى ، ولد سنة (٩٤هـ) ، وسمع عطاء بن أبي رباح ، وابن أبي مليكة ، وغيرهما ، وروى عنه خلق كثير منهم ابن المبارك ، وابن لهيعة ، وابن عجلان شيخه ، وثقه ابن حنبل ، وابن سعد ، والعجلي والنسائي توفي ﷺ سنة (١٧٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (١٣٦/٨) ، طبقات الحفاظ ٩٥ .

(١٠) هو : الحارث بن يعقوب الأنصاري ، من فضلاء التابعين وعبادهم ، حدث عن : عبد الرحمن بن شماسة ، وسعيد بن يسار ، وحدث عنه : ابنه عمرو ، وزيد بن أبي حبيب ، والليث ، وبكر بن مضر ، من الأثبات في الروايات ، مات سنة (١٣٠هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٤/٦) ، مشاهير علماء الأمصار ١١٢ .

لهن ؟ قال : وما التحميض ؟ فذكرت الذي قال ، قال : وهل يفعل ذلك أحد من المسلمين [١] ، وإذا تضاد الخبران عنه سقطا .

٢٢٣٢١ - وقد روي عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي الدرداء [٢] : خلافه ، قال علي وقد سئل عن ذلك : ﴿ أَتَأْتُونَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَـٰلَمِينَ ﴾ [٣] .

٢٢٣٢٢ - قالوا : قد ملكها بالعقد فجاز له وطؤها [٤] .

٢٢٣٢٣ - قلنا : إنما ملك استباحتها في الفرج ، وما دونه ، ولم يملك غير ذلك ، ولهذا نقول إن الوطئ في الدبر في النكاح [٥] الفاسد لا يلزمه مهر ، ولايثبت به إحصان ولا يبيحها للزوج الأول [٦] .

٢٢٣٢٤ - وقال الشافعي : يستقر به المهر ، وتجب به العدة ، وإن أكره امرأة عليه ، وجب عليه المهر ، فأجراه مجرى الوطئ في الفرج في جميع الأحكام إلا في حكمين : الإحصان ، والإباحة للزوج الأول [٧] .

* * *

---

(١) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٥/٣) ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤١/٣) .

(٢) هو : عويمر أبو الدرداء ، مشهور بكنيته وباسمه جميعًا ، واختلف في اسمه فقيل : عامر ، وعويمر لقب حكاه عمرو بن الغلاس عن بعض ولده ، وبه جزم الأصمعي ، أسلم أبو الدرداء يوم بدر ، وشهد أحدًا وأبلى فيها بلاءً حسنًا ، روى عن : النبي ﷺ ، وزيد بن ثابت ، وعائشة وغيرهم ، وروى عنه : ابنه بلال ، وزوجته أم الدرداء ، وعلقمة بن قيس ، وآخرون ، مات في خلافة عثمان ﷺم جميعًا . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥/٣ ، ٤٦) .

(٣) الأعراف : ٨٠ ، وانظر : قول علي ﷺ في تفسير ابن كثير (٢٦٤/١) .

(٤) انظر : اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري (ص : ٣٠٤) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٧٣/٣) .

(٧) انظر : الأم (٩٤/٥) .

نكاح الشغار [١]

٢٢٣٢٥ - قال أصحابنا : إذا زوَّج الرجل أخته على أن يزوجه الرجل أخته ، أو ابنته أو أمته ، على أن يكون مهر كل واحدة منهما بضع الأخرى ، فالعقدان جائزان ، وما سمياه من المهر باطل ، ولكل واحدة منهما مهر المثل [٢] .

٢٢٣٢٦ - وقال الشافعي : العقدان باطلان [٣] .

٢٢٣٢٧ - ولو قال : زوجتك أختي على أن تزوجني أختك ، ولم يزد على هذا جاز النكاحان بلا خلاف .

٢٢٣٢٨ - ولو قال : زوجتك أختي بمائة على أن تزوجني أختك بمائة صح النكاحان

---

(١) الشغار لغة : يقال : شغر الكلب كمنع ؛ رفع إحدى رجليه ، بال أو لم يبل ، أو فبال ، ويقال : شغر البلد خلا من الناس ، وبابه قطع . والشغار بكسر الشين نوع من أنكحة الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن يكون صداق كل منهما بضع الأخرى ، كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه . انظر : القاموس المحيط مادة (شغر) ، والمصباح المنير مادة (شغر) . وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز إلا أن أبا حنيفة ذهب إلى صحته ووجوب مهر المثل . انظر : فتح الباري (١٦٣/٩) ، صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٠/٩) .

(٢) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، تحفة الفقهاء (١٣٦/٢) ، المبسوط (١٠٥/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٣١/٣) ، شرح فتح القدير (٣٣٨/٣) ، البحر الرائق (١٩٨/٣) ، مجمع الأنهر (٣٤٨/١) . يقول صاحب الهداية : « وإذا زوَّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها » . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٣٨/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي ﷺ في : الأم (٧٦/٥) ، المهذب (٥٩/٢) المجموع (٢٤٥/١٦) ، نهاية المحتاج (٣٣٦/٦) ، حلية العلماء (٣٨٦/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٥٨/٤) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز نكاح الشغار » . وبقول الإمام الشافعي ، قال الإمام مالك وأحمد انظر قولهما في : بداية المجتهد (٦١/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) ، المغني (٦٤١/٦) . وسبب اختلاف العلماء في ذلك هو : هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ؟ فإن قلنا : غير معلل ؛ لزم الفسخ على الإطلاق ، وإن قلنا العلة عدم الصداق ؛ صح بفرض صداق المثل . انظر : بداية المجتهد (٦١/٢) .

وبطلت التسمية ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها .

٢٢٣٢٩ – ولو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، ولم يزد على هذا ؛ فنكاح الموجب باطل ، ونكاح بنت الموجب له جائز [١] .

٢٢٣٣٠ – لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » .

٢٢٣٣١ – ولأنه نكاح مؤبد ؛ فلا يبطله الشرط ، أصله : إذا قال : زوجني ابنتك على أن أزوجك بنتي ، وإذا شرط ألا يتسرى عليها ، أو لا يخرجها من بلدها ، أو على أن لا يطأها .

٢٢٣٣٢ – ولا يلزم إذا زوجها من اثنين ؛ لأن النكاح لا يتأبد ، ألا ترى أن مقتضاه أن يشتركا في البضع ، والمشتركان في المنفعة يتساويان عندنا ، فيكون لكل واحد منهما يومٌ ينقطع فيه حق الآخر ، فعلى هذا لا يتأبد النكاح .

٢٢٣٣٣ – ولأن النكاح لم يفسد ها هنا بالشرط ولكنه فسد بجهالة الزوج ؛ لأن كل واحد من الزوجين يجوز أن يملك البضع ، ولا يصح أن يجتمع ملكهما ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فبطل العقد بجهالة الزوج لا بشرط الشركة [٢] .

٢٢٣٣٤ – فإن قيل : فكذلك نقول في مسألتنا : إن النكاح بطل بالتشريك بين الزوجين وغيره في البضع [٣] .

٢٢٣٣٥ – قلنا : العقد لا يصح عندكم حتى يبطل التشريك ، وإن بطل بشرط التشريك ، وقد دللنا على أن العقد لايبطل بالشرط [٤] .

٢٢٣٣٦ – فإن قيل : يبطل إذا زوجها على أن لا يشهد .

٢٢٣٣٧ – قلنا : هناك يبطل العقد إذا ترك الشهادة ، ولا يبطل بالشرط ، بدلالة أنه

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) . ولا نسلم هذا التأويل الذي سلكه الأحناف ؛ لأن في نكاح الشغار تمليك البضع للاثنين ، للزوج وغيره ، فأشبه ما إذا زوج بنته من اثنين . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٣) أي : أنه في نكاح الشغار يملك الرجل بضع ابنته لشخصين للزوج وابنته ؛ لأنه يقول أحدهما للآخر : زوجتك بنتي على أن تزوجني ابنتك ؛ فيبطل النكاح لأجل التشريك في البضع . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٤) أي أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح النكاح ويبطل الشرط . انظر : تحفة الفقهاء (١٣٦/٢) .

لو شرط/ أن لا يشهد وحضر الشهود صح العقد ، ولو أطلق العقد ولم يشهد لم يصح ٤٩
لعدم الشهادة (١) .

٢٢٣٣٨ - فإن قيل : يبطل إذا قال : زوجتك بنتي على أن بضعها لفلان .

٢٢٣٣٩ - قلنا : لا نعرف الرواية في هذه المسألة ؛ فيجوز أن يقال : النكاح صحيح ؛ لأنه ملكه البضع ، ثم شرط عليه قطع الملك ، فكأنه قال : زوجتك على أن تطلقها ، ويجوز أن يقال : النكاح فاسد ، إلا أن الفساد ليس بالشرط ، لكن بالتشريك ، وذلك أنه ملك البضع اثنين كل واحد منهما يصح أن يملك ، ولا يجوز اجتماع ملكهما وليس أحدهما أولى من الآخر (٢) .

٢٢٣٤٠ - وفي مسألتنا : ملك الزوج البضع (٣) ثم ملكه المرأة الأخرى شريكها ، كما لو (٤) .

٢٢٣٤١ - قال : زوجتك ، وهذا الخيار لما اشترك مع الزوج من لا يملك الاستباحة ؛ لم يفسد العقد عندنا ، ولأنه سمى في النكاح مالا يجوز أن يكون مهرًا بحال ، فكأن وجود هذه التسمية وعدمها سواء .

٢٢٣٤٢ - أصله : إذا تزوجها على خمر أو خنزير أو على نكاح امرأة أخرى . ولا يمكنهم أن يقولوا بموجب هذه العلة ؛ لأن وجود التسمية لا يكون عندهم بعدمها ، إذ وجودها يفسد العقد عندهم ، وعدمها يصح معه العقد (٥) .

٢٢٣٤٣ - ولا يلزم المولى إذا أذن لعبده أن يتزوج حرة على رقبته ؛ لأنه سمى في العقد ما يصح أن يكون مهرًا ، بدلالة أنه لو تزوج أمة على رقبته جاز ، على أن الحاكم (٦)

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) . (٢) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .
(٣) ساقطة من (م) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) أي : أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ، ما لا يصح أن يكون صداقًا ، فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير ، وإذا لم يتحقق في البضع صلاحية كونه صداقًا لم يتحقق الاشتراك ، فبقي هذا شرطًا فاسدًا ، والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد . انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .
(٦) هو : أبو عبد الله ، محمد بن عبد الله الضبي ، النيسابوري الحاكم ، ولد في يوم الاثنين ١٣ ربيع الأول سنة (٣٢١) بنيسابور صاحب المستدرك ، وتاريخ نيسابور ، وفضائل الشافعي وغيرها ، كان فقيهًا حافظًا ثقة حجة ، كان يميل إلى التشيع ويظهر التسنن ، انتهت إليه رياسة أهل الحديث ، وبلغت مصنفاته الحديثية قريبًا من ألف جزء . توفي سنة (٤٠٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٩٧/١٣) .

ذكر في المنتقى أن النكاح صحيح ومهرها قيمة العبد [١] .

٢٢٣٤٤ - ولأن البضع أحد البدلين في عقد النكاح ، فاشتراطه لغير العاقد لا يبطل العقد كالمهر ، ولأنه عقد على البضع ، فإذا شرطه لغير العاقد لم يبطل كالخلع [٢] .

٢٢٣٤٥ - احتجوا : بما روى مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار ، [والشغار] [٣] : أن يزوج الرجل بنته من الرجل على أن يزوجه الرجل الآخر بنته ليس بينهما صداق [٤] .

٢٢٣٤٦ - وروى عبد الرزاق [٥] ، عن معمر [٦] ، عن ثابت [٧] ، عن أنس بن مالك ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا شغار في الإسلام » ، والشغار أن يبدل الرجل أخته بأخته [٨] .

٢٢٣٤٧ - وروى جابر بن عبد الله : أن النبي ﷺ « [نهى عن الشغار [٩] » .

٢٢٣٤٨ - وروى عمران بن الحصين : أن النبي ﷺ] [١٠] قال : « لا جلب ، ولا جنب ، ولا شغار في الإسلام » [١١] .

(١) انظر : مغني المحتاج (٢١٥/٣) . (٢) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب الشغار . انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي (٢٤٥/٣) .

(٥) هو : عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى بكسر الحاء ، مولاهم الصنعاني الثقة ، حدث عن : هشام بن حسان ، وعبيد الله بن عمر ، وابن جريج ، ومعمر ، وخلق سواهم ، وحدث عنه : شيخه سفيان بن عيينة ، ومعمر ، وغيرهما مات (٢١١هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٣/٩) .

(٦) هو : معمر بن راشد ، أبو عروة بن أبي عمرو ، الأزدي ، مولاهم البصري ، نزيل اليمن ، حدث عن قتادة ، والزهري ، ومحمد بن المنكدر ، وغيرهم ، وحدث عنه : عبد الرزاق والسفيانان ، وابن المبارك ، وغيرهم ، ثقة ثبت ، مات سنة (١٥٣هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٧) .

(٧) هو : ثابت بن أسلم ، أبو محمد البناني ، مولاهم البصري ، حدث عن : عبد الله بن عمر ، وأنس بن مالك ، وعبد الله بن الزبير ، وغيرهم ، وحدث عنه : عطاء بن أبي رباح ، وقتادة ، ومعمر ، وشعبة وغيرهم ، ثقة ثبت ، مات سنة (١٢٧هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٠/٥) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٩ .

(٨) أخرجه مسلم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر ، كتاب النكاح ، (٢٠٠/٩) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب النكاح ، باب الشغار ، حديث رقم ١٠٤٣٤ .

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه من طريق ابن جريج ، كتاب النكاح : باب تحريم الشغار وبطلانه ، شرح النووي (٢٠١/٩) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الشغار حديث رقم ١٠٤٣٢ ، (١٨٣/٦) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) أخرجه الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في النهى عن نكاح الشغار (٢٩٦/٢) حديث رقم ١١٣٢ ، وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي : كتاب النكاح باب الشغار (١١٠/٦) ، وعبد الرزاق =

٢٢٣٤٩ - والجواب : أن الشغار هو بدل إحدى المرأتين بالأخرى ، ليكون نكاح كل واحدة صداق الأخرى ؛ فلا يصح على هذا الوجه ، بل يعقد كل واحد من العقدين بمهر صحيح ، ويبطل ما سمّياه من الشغار [١] .

٢٢٣٥٠ - فإن قيل : النهي [٢] يفيد الفساد .

٢٢٣٥١ - قلنا : صحيح ، وقد أفسدنا ما تناوله النهي ، وهو النهي الفاسد ، يبين ذلك : أنا حملنا النهي على هذا كان عامًّا فيمن أطلق العقد ، فقال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني بنتك وسكت ، وفيمن قال : على أن مهر كل واحدة بضع الأخرى وكلا الأمرين شغار ، وعند مخالفنا : يفسد إذا صرح بأن البضع بدل ، ولا يفسد الآخر وعندنا يفسد الشرط في العقدين ويجب مهر المثل ، فكان ما قلناه أشبه بالظاهر وأقرب إلى العموم [٣] .

٢٢٣٥٢ - فإن قيل : قد روي [٤] [أنه ﷺ قد] [٥] « نهى عن نكاح الشغار » وهذا يدل على أن النهي يتناول العقد .

٢٢٣٥٣ - قلنا : الأخبار المعروفة التي رويت نهي فيها عن الشغار ، وذلك يتناول العوض .

٢٢٣٥٤ - فإن ثبت أنه نهي عن النكاح ؛ فهو محمول على كراهة العقد ، بدلالة أنا إذا حملناه على الكراهة [٦] كان عامًّا في كل شغار ، وإذا حمل على الفساد ؛ خصوه ببعض ما يتناوله الاسم ؛ فصار كل واحد منهما تاركًا للظاهر من وجه ، ومستعملًا له من وجه [٧] .

٢٢٣٥٥ - قالوا : ملك الرجل البضع ثم جعله مهرًا لبنته ، وهذا اشتراك بينهما فيه ،

=في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الشغار (١٨٥/٦) ، حديث رقم ١٠٤٤٢ . والجلب : يقال : جلب على فرسه يجلب جلبًا بوزن يطلب طلبًا : صاح به من خلفه واستحثه للسبق ، وكذا أجلب عليه . انظر : مختار الصحاح ص ٤٥ ، مادة جلب . والجنب : هو أن يجنب فرسا إلى فرسه في السباق ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . انظر : القاموس المحيط مادة جنب ص ٨٩ .

(١) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : حاشية ابن عابدين (١٣١/٣) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٦) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) .

فصار كما لو زوجها من رجلين (١) .

٢٢٣٥٦ - قلنا : هذا غلط ؛ وذلك لأنه ملك الزوج البضع ، وجعل مهر ابنته منفعة وصلت إلى أبيها بالتزويج ، فكأنه قال : زوجتك بنتي على أن تهب لى هبة ، أو تعفو لى عن دم العمد ، فأما أن يكون ملك بنته البضع فلا ، فلم نسلم ما قالوه ، ولأنه ملك الزوج البضع ، ثم أشرك معه المرأة على قولهم ، وهي ممن لايملك استباحة البضع والتشريك ممن لايصح مشاركته لا يتعلق به حكم ، ولهذا قال أصحابنا : إذا أوصى ثلثه لحى وميت استحق الحى جميع الثلث (٢) ؛ لأن الميت لا تقع به مزاحمة في الثلث ؛ وليس كذلك إذا زوجها لزوجين ؛ لأن كل واحد منهما يصح أن يملك البضع فلو انعقد العقد تضايقا فيه (٣) .

٢٢٣٥٧ - فإن قيل : هذا يبطل إذا قال : زوجتكها وهذا المجنون .

٢٢٣٥٨ - قلنا : المجنون يملك منفعة البضع بعقد وليه ، فهو ممن تقع المزاحمة به ، ويصح منه المشاركة ، إلا أن هذه الطريقة صحيحة على أصلنا ، فأما المخالف ، فقال : إذا أوصى لحي وميت بالثلث ، فالحي له نصف الثلث وزادوا على هذا ، فقالوا : إذا أوصى لزيد والمرياح فلزيد نصف الثلث (٤) .

٢٢٣٥٩ - والجواب المعتمد : أنا لو سلمنا التشريك الذي ادعاه مخالفنا لم يصح ما قاله ؛ وذلك لأنه ملك بضع بنته زوجها استباحة ، ثم جعل مهر البنت للزوج ، فملكها البضع تمليك الأموال ، إذا كانت المرأة لا تملك البضع استباحة ومتى ملك البضع اثنين ملك استباحة وملك غير استباحة ، لم يناف ملكهما ، وبدلالة أن المولى يزوج أمته ويبيعها ، فيملك الزوج بضعها استباحة ، ويملك المشتري مالًا ولا تقع بينهما مشاركة ولا مزاحمة ، فدل على فساد هذه الطريقة وهي اعتمادهم في المسألة (٥) .

٢٢٣٦٠ - قالوا : ملك الزوج بضعها بالتزويج ، ثم ارتجعه فجعله ملكًا لبنته صداقًا ، وهذا يفسد النكاح ، كما لو قال : زوجتك بنتي على أن يكون بضعها لفلان ، وبعتك

---

(١) انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٢١٢/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [المهر] .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩٨/٣) . ولا نسلم هذا الجواب ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الشغار كما ذكرت كتب الأحاديث الستة وغيرها ، ولو كان هذا التأويل الذي سلكتموه جائزا ، لبينه رسول الله ﷺ ، حيث لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

هذه الدار [١] على أن يكون ملكها لفلان .

٢٢٣٦١ – قالوا : وهذا معنى قول الشافعي : إن هذا العقد فيه تسوية [٢] .

٢٢٣٦٢ – قلنا : قد بينا أن المرأة لا تملك البضع استباحة ، وإنما ملكها إياه مالًا ، وهذا لا ينفي تمليك الاستباحة ، بدلالة أن من زوج أمته ثم باعها .

فأما إذا قال : زوجتكها على أن بضعها لفلان فقد بينا أنا لا نعرف الرواية فيه ، فلو سلمناه كان المعنى فيه [٣] : أن فلانا يملك البضع استباحة كما ملكه الزوج ؛ فلم يصح أن يجتمع ملكهما عليه ، وكذلك إذا قال : بعتك عبدي على أن يكون ملكه لفلان لم يصح ؛ لأن ملك كل واحد منهما للعبد مثل ملك الآخر له ، ويستحيل أن يملك كل واحد منهما جميع العبد ، فلما شرط ذلك بطل العقد [٤] .

٢٢٣٦٣ – قالوا : جعل المعقود عليه معقودًا به ، فوجب ألا يصح ، كمن قال : زوجت بنتي من عبدك على أن رقبته مهرها ؛ فوجب ألا يصح [٥] .

٢٢٣٦٤ – قلنا : هذا الوصف غير مسلم في أحد الروايتين ؛ لأنه قال : يصح العقد ، ويكون المهر قيمته [٦] ، فعلى هذه الرواية يسقط القياس ، وعلى الرواية الأخرى المانع ليس هو [٧] ما ذكروه ، ولكن المانع أن العقد لو صح لاقترن [٨] ملك المرأة [٩] رقبة الزوج ملكه لبضعها ، ولو طرأ ملكها للرقبة على النكاح أبطله ، فإذا قارن [١٠] انعقاد العقد منع من انعقاده ، وهذا المعنى لو أذن المولى لعبده في التزويج ، ولم يقل على رقبتك ، فزوجها على رقبته ، صح النكاح ؛ لأنها لا تملك رقبته بالعقد ، وكذلك لو زوج عبده أمته على رقبته صح النكاح ، لأن الرقبة يملكها مولاها وإن كان المعقود به [١١] .

٢٢٣٦٥ – قالوا : جعل البضع معقودًا عليه ومعقودًا به ؛ فبطل أن يكون معقودًا به ؛ فوجب أن يبطل أن يكون معقودًا عليه [١٢] .

---

(١) في (ص) ، (م) : [السلعة] .
(٢) انظر : الأم (٧٧/٥) .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) .
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .
(٦) في (م) : [قبضه] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [لافرق] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [الرقبة] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [فارق] .
(١١) انظر : المبسوط (١٠٦/٥) .
(١٢) أي : نكاح الشغار عقد حصل فيه المعقود له معقودًا به فلم يصح . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

٢٢٣٦٦ – قلنا : البضع يصح أن يعقد عليه ولا يصح أن يعقد به ، فيصح العقد عليه [١] ، ويبطل العقد به ، وهذا [٢] كما لو تزوجها على طلاق امرأة أخرى ، جعله طلاقًا ومهرًا ، ويصح أن يكون طلاقًا . ولا يصح أن يكون مهرًا ، وعلى هذا لو تزوجها على عتق أبيها والعفو عن دم العمد يقع ذلك ، ولم يصح جعله صداقًا ، وصح كونه معقودًا عليه وإن بطل كونه معقودًا به [٣] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [وعليه] ، ولا وجه له .

مسألة خيار العيب

٢٢٣٦٧ – قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يفسخ النكاح بعيب أحد الزوجين ، إلا أن يكون الزوج مجبوبًا ، أو عنينًا [١] ، فيثبت الخيار للمرأة ، ويفرق الحاكم ويكون طلاقًا لا فسخًا .

٢٢٣٦٨ – وقال الشافعي : يفسخ النكاح بعيوب الزوج : الجَبُّ والعنة والجذام والبرص والجنون ، ويفسخ في المرأة : بالجنون والجذام والبرص ، والقَرْن ، والرَّتَق [٢] .

٢٢٣٦٩ – فإن كان الفسخ بذلك قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعد الدخول فعلى الزوج مهر المثل دون المسمى .

٢٢٣٧٠ – وهل يرجع به [٣] على زوجته ؟ فيه قولان ، أحدهما : يرجع/ عليه ، والآخر : لا يرجع عليه . ٢٥٠

٢٢٣٧١ – وإذا [٤] حدثت العيوب بعد العقد ، فإن حدثت به [٥] ، فلها الخيار قولًا واحدًا ، وإن حدثت بالمرأة ، فهل يثبت للزوج الخيار ، فيه قولان [٦] :

---

(١) العنين : هو الرجل الذي لا يشتهي النساء ، وامرأة عنينة : لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول ، مثل جريح والاسم منه (العنة) وعُنَّ الرجل من امرأته : إذا حكم عليه القاضي بذلك ، أو مُنِعَ منها بالسحر . انظر : المهذب (٦٢/٢) ، والقاموس المحيط مادة (عنن) .

(٢) القرن : بسكون الراء : هو عظم يكون في فرج المرأة يمنع من الوطء ، والمحققون يقولون : هو لحم ينبت في الفرج يمنع من دخول الذكر . والرتق : بالتحريك مصدر ، تقول امرأة رتقاء : بينة الرتق ، لا يستطاع جماعها لارتقاق ذلك منها ، أي لانسداد فرجها بحيث يمنع من دخول الذكر . انظر : المجموع (٢٦٨/١٦) ، والمهذب (٨٢/٢) .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) في (ن) ، (ع) : [وأن] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر قول الشافعية في : الأم (٨٤/٥ ، ٨٥) ، المهذب (٦٢/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٦١/٣) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٠٣/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٨٦/٤) . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك وأحمد ، إلا أن أصحاب الإمام مالك اختلفوا في عيوب أربعة أخرى : هي السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقيل : ترد بها المرأة ، وقيل : لاترد . وزاد الحنابلة : الفتق ؛ وهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل : ما بين القبل والدبر ، وعدم استمساك أحدهما لبوله أو =

٢٢٣٧٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [(١)] ، ولم يفصل أن يظهر بها عيب أولا يظهر .

٢٢٣٧٣ – ولأنه عقد على البضع ؛ فلا يفسخ بالعيب كالخلع .

٢٢٣٧٤ – ولأنه عقد لا يفسخ بما سوى العيوب الخمس ؛ فلا يفسخ بها ، أصله : الخلع وعكسه : البيع [(٢)] .

٢٢٣٧٥ – ولا يقال : إن حكم العيوب مختلف في الفسخ ، بدلالة أن المهر ينفسخ ببعض العيوب دون بعض ؛ لأن عندنا [(٣)] المهر يرد بكل عيب مستدرك بالرد به فائدة وتستوى كل العيوب التي يوجد فيها هذا المعنى ، ولا يستدرك بالرد به [(٤)] فائدة لا يكون حقًّا للعاقد ، فكذلك لا يرد به .

٢٢٣٧٦ – ولأن وجوب النقض بالمعقود عليه لا يكون أكثر من فوات المعقود عليه ، ولو فات المعقود عليه في النكاح بالموت لم يؤثر ذلك في سقوط البدل ، ففوات بعضه أولى لا يؤثر فيه ، يشهد لذلك : البيع قبل القبض لـمَّا لم ينفسخ العقد بملكه ؛ كان لفوات أجزائه تأثير في الفسخ [(٥)] .

٢٢٣٧٧ – ولا يلزم إذا وجد عنينًا أو مجبوبًا ؛ لأنه لا يثبت لها حق الفسخ ، وإنما يثبت لها حق [(٦)] المطالبة بالطلاق ، ولا يسقط شيء من البدل .

٢٢٣٧٨ – ولأن النقص بالعوض ليس بأكثر من فواته ، ولو فقدت يد أحد الزوجين

= خلائه ، والباسور ، والناسور ، والقروح السيالة ؛ لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها ، والبخر : هو نتن الفم أو نتن الفرج . انظر : بداية المجتهد (٥٠/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) ، المغني (٦٥١/٦ ، ٦٥٢) . وسبب الخلاف بين العلماء في ذلك شيئان : أحدهما : هل قول الصحابي حجة أو لا ؟ والآخر : قياس النكاح في ذلك على البيع . فأما قول الصحابي الوارد في ذلك : فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص ، أو قرن ؛ فلها صداقها كاملًا ، وذلك غرم لزوجها على وليها . أما القياس على البيع : فإن القائلين بموجب الخير للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيهًا بالبيع . انظر : بداية المجتهد (٥٠/٢) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) . ولا نسلم قياس عدم الرد في النكاح بالعيب على الخلع ؛ لأنه قياس مع الفارق ؛ لأن عقد النكاح القصد فيه الاستمتاع وطلب الولد ، ولا يتحقق ذلك مع مثل هذه العيوب ؛ لأنها تنفر ، بخلاف الخلع فهو قطع للاستمتاع بين الزوجين . انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

لم يثبت الخيار ، فإذا وجد بيده برص أولى أن لا يثبت الخيار [(١)] .

٢٢٣٧٩ – فإن قيل : هذا يبطل بمن باع عبدًا على أنه مقطوع اليد ، فوجده أبرص اليد ، فلو كانت اليد مقطوعة لم يثبت الخيار ، وإذا كانت برصاء يثبت الخيار ، فصار نقص اليد بالبرص أكبر من قطعها في باب الخيار .

٢٢٣٨٠ – قلنا : من أصحابنا من التزم هذا ، وقال : لا خيار له إذا كانت برصاء ، كما لا خيار له إذا كانت قطعاء ، فعلى هذا يسقط السؤال .

٢٢٣٨١ – ومن أصحابنا من قال [(٢)] : البرص عيب ، والقطع عيب برئ البائع من أحد العيبين دون الآخر ، فإذا وجد القطع الذي برئ [(٣)] منه فلا خيار ، لإسقاط المشتري صفة منه ، فإذا وجد البرص فلم يسقط المشتري حقه منه ، فثبت الخيار [(٤)] .

٢٢٣٨٢ – فإن قيل : [لا تعافه] [(٥)] الأنفس ، فلم يمنع من الاجتماع ، والبرص تعافه الأنفس فيمنع من الاجتماع .

٢٢٣٨٣ – قلنا : القروح السائلة والبخر [(٦)] تعافه الأنفس ، ومع ذلك لا يثبت به الخيار عند المخالف .

٢٢٣٨٤ – ولأن كل نقص بالزوج إذا لم يمنع الوطء ، ولا تفوت به الكفاءة لم يوجب الفسخ ، كسائر العيوب ؛ لأن المعقود عليه من جهة الزوج المهر ، وقد سلم لها بالعيب فرقبته عيب بغير المعقود عليه ؛ فلا يثبت الفسخ [(٧)] .

٢٢٣٨٥ – احتجوا بما روى : أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة [(٨)] ، فوجد بكشحها بياضًا ، فردها ، وقال : « دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ » [(٩)] .

---

(١) انظر : المبسوط (٥/٩٦) ، ونجيب عن ذلك بأن القطع لا ينفر من الاستمتاع بخلاف البرص .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (٥/٩٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [لا يفارقه] .

(٦) البخر : فعل البخار ، وبالتحريك : النتن في الفم وغيره . انظر : القاموس المحيط مادة (بخر) .

(٧) انظر : المبسوط (٥/٩٥) .

(٨) الصحيح أن المرأة من بني غفار وليست من بني بياضة ، لأننا لم نعثر في كتب الحديث على رواية تؤيد ما ذكره الإمام القدوري ، واختلف في اسم تلك المرأة فقيل : اسمها العالية ، وقيل : أسماء بنت النعمان ، يعنى الجونية ، وقال الحافظ ابن حجر : إنها غيرها . والكشح : هو ما بين الخاصرتين إلى الضلع ، انظر : نيل الأوطار (٦/١٥٧) .

(٩) أخرجه الشوكاني في نيل الأوطار ، كتاب النكاح ، باب ما يذكر في رد المنكوحة بالعيب (٦/ ١٥٦) ، =

٢٢٣٨٦ - قلنا : قد روي البخاري هذا الحديث عن ابن عمر [١] ، وذكر فيه [٢] فرأي بكشحها بياضا ، فخلى سبيلها ، وهذا يفيد الطلاق [٣] .

٢٢٣٨٧ - وروى الحديث كعب بن عجرة [٤] ، وقال : تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها رأي [٥] بكشحها بياضًا ، فقال : « البسي ثيابك والحقي بأهلك » [٦] .

٢٢٣٨٨ - وهذا يفيد الطلاق أيضًا ، وإذا اختلفت الألفاظ ، وجب التوقف فيه ، ولو ثبت ما قالوه لم يكن فيه دلالة ؛ لأنه يحتمل ردها بالطلاق ، ويحتمل ردها [٧] بالفسخ ، وإذا احتمل الوجهين وجب حمله على الرد بالطلاق ليوافق الخبر الآخر الذي قال فيه : « الحقي بأهلك » [٨] .

٢٢٣٨٩ - قالوا : إذا ذكر العيب والرد ؛ فالظاهر أن المراد بالرد الفسخ ، كما لو ذكر العيب في المبيع والرد حمل على الفسخ [٩] .

٢٢٣٩٠ - قلنا : الرد في المبيع ليس له [١٠] إلا جهة واحدة ، وهو الفسخ فيحمل

= وفي سبل السلام ، كتاب النكاح ، باب الكفاءة والخيار حديث رقم ١٠ ، (٢٢٨/٣) ، وفي الكامل لابن عدي (١٧٢/٢) .

(١) لم نعثر على رواية ابن عمر في صحيح البخاري ، ولكننا عثرنا عليها في الكامل لابن عدي ، وفي سندها جميل بن زيد الطائى الكوفي ، وذكره ابن عدي العقيلي ، وابن حبان في الضعفاء ، وقال يحيى بن معين : جميل بن زيد روى عن ابن عمر وليس بثقة . انظر : الكامل لابن عدي (١٧٢/٢) ، والمجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٢١٧/١) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، ولا نسلم أن تخليته سبيلها يفيد الطلاق بل يفيد الفسخ ؛ لأن قوله ﷺ : « دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ » دليل على الفسخ لا على الطلاق . انظر : سبل السلام (٢٢٨/٣) .

(٤) هو : كعب بن عجرة الأنصاري ، من أهل بيعة الرضوان ، روى عنه بنوه سعد ومحمد ، وعبد الملك ، وربيع ، وغيرهم ، مات سنة (٥٢هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٢/٣) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) الحديث مختلف فيه ، فقيل : عن ابن عمر ، وقيل : عن جميل بن زيد ، وقيل : عن كعب بن عجرة . انظر : سبل السلام (٢٢٩/٣) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٦/٥) . ولا نسلم وجوب الحمل على الرد بالطلاق ؛ لأن الحديث روى برواية أخرى فيها قوله ﷺ : « دلستم علي » وهذا دليل على الفسخ لا على الطلاق . انظر : سبل السلام (٢٢٩/٣) .

(٩) انظر : المغني (٦٥٧/٦) . (١٠) ساقطة من (م) .

عليه ، وفي مسألتنا للرد وجهان : الفسخ والطلاق ، فليس حمله على أحدهما أولى من حمله على الآخر [١] .

٢٢٣٩١ - قالوا : لما ذكر وجود العيب في ذكر الرد ؛ فالظاهر أن الرد يتعلق بوجود العيب ؛ لأن الحكم إذا نقل مع سببه [٢] فالظاهر أنه متعلق به [٣] .

٢٢٣٩٢ - قلنا : الطلاق يتعلق بالعيب ؛ لأنه لولا كراهة ما رأي من عيبها لم يطلقها ، وهذا كما روي عنه [٤] : أنه عليه الصلاة والسلام تزوج امرأة فلما دخل عليها ، قالت : أعوذ بالله منك ، فقال : « لقد عذت بمعاذ ، الحقي بأهلك » [٥] فطلقها لأجل استعاذتها ، وإن لم توجب ذلك ، وهذا كما يقال : شاجرته فطلقها ، وشاقته فطلقها ، وإن لم يوجب هذا الطلاق ، يبين ذلك : ما روي أنه ﷺ ساق معها مهرها ، ولو كانت الفرقة فسخًا لم يجب لها المهر .

٢٢٣٩٣ - ولأن في خبرهم ردها على أهلها وهذا من كنايات الطلاق ، ولو أراد الفسخ لقال : ردها على نفسها [٦] .

٢٢٣٩٤ - فإن قيل : إيقاع الفرقة بلفظ الكناية مكروه ، فكيف يوقعه رسول الله ﷺ ؟

٢٢٣٩٥ - قلنا : إنما يكره حال الاختيار ، فأما عند الحاجة إلى الفرقة ؛ فلا يكره كما يكره ، كالخلع عند الشقاق .

٢٢٣٩٦ - فإن قيل : الرد صريح في الفسخ كناية في الطلاق ، وحمل اللفظ على الصريح أولى .

٢٢٣٩٧ - قلنا : الفسخ لا يصح [٧] عند مخالفنا باختيار الزوج حتى يفسخ الحاكم الطلاق مع اختيار الزوج ، فحمل الرد على الطلاق أولى [٨] لأنه نقل فرد تفرد به النبي

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .
(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب من طلق ، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ؟ (٣٥٦/٩) ، حديث رقم ٥٢٥٤ . وفي جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري (٤٢٠/١١) حديث رقم ٨٩٥٢ ، والنسائي (١٥٠/٦) ، كتاب الطلاق ، باب مواجهة الرجل المرأة بالطلاق . وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري : والصحيح أنها أميمة بنت النعمان بن شراحيل ، وقيل : اسمها أسماء . انظر : فتح الباري (٣٥٧/٩) .
(٦) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) ساقطة من (ص) ، (م) .

ﷺ ولم يوقعه الحاكم ، وذلك لا يكون إلا الطلاق [١] .

٢٢٣٩٨ - قالوا : قد روي في الخبر أنه رد نكاحها .

٢٢٣٩٩ - قلنا : هذا اللفظ [٢] لا يعرف ، ولو ثبت كان من ألفاظ الطلاق أيضًا ، وهو الذي يملكه الزوج ، وإنما رد النكاح الذي هو الفسخ ؛ فلا ينفرد به ، ولا يملكه إلا أن يرفعه الحاكم .

٢٢٤٠٠ - قالوا : عيب يمنع [٣] من [٤] معظم المقصود من الاستمتاع ، فوجب أن يستحق به خيار الفرقة كالجب والعنة [٥] .

٢٢٤٠١ - قلنا : يبطل بالبخر ؛ فإنه يمنع معظم المقصود من الاستمتاع ولا يثبت الخيار ، والمعنى في الجب والعنة : أن المرأة لها حق في الوطء ، فإذا تعذر عليها من جهة المجبوب لم تتوصل إلى تحصيل حقها منه إلا بطلب الفرقة ، فلذلك ثبت لها اختيار الطلاق ، وليس كذلك الزوج ؛ لأنه متى تعذر عليه الاستمتاع لقرنها أو رتقها لم يتعذر عليه الوصول إلى حقه من الوطء من جهة غيرها ، فلم يكن له المطالبة بالتفريق ، يبين الفرق بينهما : أنه إذا آلى منها ، لما تعذر عليها الوصول إلى حقها ؛ ثبت لها الطلاق ، ولو حلفت هي ألا تمكنه من نفسها وامتنعت عليه ، لم يكن له حق في المطالبة بالفرقة [لأنه يقدر] [٦] على تحصيل حقه من الاستمتاع من غيرها [٧] .

٢٢٤٠٢ - وجواب آخر : وهو أن الجب والعنة لا يستقر معهما المهر استقرارًا صحيحًا ، بدلالة : أنه يجوز أن يرافعها إلى حاكم لا يرى استقرار المهر بالخلوة ، فيسقط نصف مهرها بالمطالبة بالطلاق ، يثبت لها للنقص الذي حصل بالمهر ، ألا ترى أن ما ثبت بالإجماع أقوى مما يثبت بالاختلاف ، والنقص بالمهر يؤثر باتفاق ، ولا طريق إلى استدراك هذا الحق ليكمل مهرها إلا بالتفريق [٨] .

---

(١) انظر : فتح الباري (٣٥٩/٩) .
(٢) في (م) : [الفعل] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .
(٥) انظر : المهذب (٦٢/٢) .
(٦) في (م) : [لأنه يتعذر] ، ولا وجه له ، وبياض في (ص) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .
(٨) المعنى : أن المرأة إذا علمت أن زوجها مجبوبًا ، أو عنينًا كان لها الحق في المطالبة بالطلاق ، فيسقط نصف مهرها ، هذا عند أبي يوسف ومحمد ، لوجود المانع من المسيس قطعًا ، لكون الزوج مجبوبًا ، أو عنينًا ، أما عند الإمام أبي حنيفة : يجب لها المهر كاملًا ؛ لأنها سلمت له البدل ، وهو البضع . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

٢٢٤٠٣ - ولا يقال : إن كمال المهر يجب عندكم بالخلوة ؛ لأنه [١] وإن كان كذلك ، فلم يكمل المهر ، لجواز أن يحكم الحاكم بسقوط نصفه ، فينفذ حكمه .

٢٢٤٠٤ - فإن قيل : لو أبرأت من مهرها ، ثم طلقت على العنة كان لها الخيار ، وإن لم يكن لها حق في إكمال المهر .

٢٢٤٠٥ - [قلنا : من مذهب زفر : أنها] [٢] إذا أبرأت ثم طلقها ؛ رجع عليها بنصف المهر ، فلها حق في استقرار المهر بعد البراءة ، حتى لا يحكم الحاكم للزوج بالرجوع عليها [٣] .

٢٢٤٠٦ - قالوا : عيب في أحد الزوجين يمنع من الوطء ، لم يرض به صاحبه ، فوجب أن يثبت له الخيار ، كالجب والعنة [٤] .

٢٢٤٠٧ - قلنا : هذا فرض الكلام في الرتق ؛ فالعلة تنقض بالمريضة التي لا يمكن وطؤها [٥] .

٢٢٤٠٨ - فإن قيل : المرض يزول فيمكن الوطء .

٢٢٤٠٩ - قلنا : فكذلك الرتق يزول بشق الموضع حتى قال الشافعي : إن تعالجت لإزالته جاز ، فإن زال سقط الخيار ، وإن أراد الزوج إزالته فامتنعت ؛ فلها ذلك ؛ لأنه جراحة [٦] ، وفرق بين إزالة الرتق وإزالة البكارة [٧] .

٢٢٤١٠ - فإن قالوا : نفرض الكلام في القَرَن .

٢٢٤١١ - قلنا : القَرَن لحم نبت في الفرج ، فهو من جنس الرتق ، والعقل يتصور جميع ذلك ، والمعنى في الأصل/ ما قدمنا [٨] . ٢٥٠/ب

٢٢٤١٢ - فإن قيل : ما ذكرتموه في الجب والعنة ، ليس بصحيح ؛ لأن المبيع لو ظهر به عيب يفسخ به العقد عند بعض الفقهاء ، ولا يفسخ عندكم ، ويثبت الخيار عندكم ، وإن كان البدل [٩] لا يستقر .

٢٢٤١٣ - قلنا : أما المشتري فلا حق له في استقرار الثمن عليه ، ولا يجوز أن يثبت

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٧٢/٥) .
(٤) انظر : المهذب (٦٢/٢) .
(٥) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٦) انظر : الأم (٨٥/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [النكاح] ، ولا وجه له .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .
(٩) في (ع) : [الخيار] .

له الخيار .

٢٢٤١٤ - وأما البائع : فالنقص حاصل فيما هو من جهته ، وقد بينا أن هذا المعنى لا يثبت الخيار ، وإن لم يستقر العوض ، كما لا يثبت للمرأة الخيار إذا كان بها عيب وإن لم يستقر العوض (١) .

٢٢٤١٥ - فإن قيل : فيجب إذا وطئها ، ثم جب أن لا يثبت الخيار [لأن البدل استقر بالوطء] (٢) .

٢٢٤١٦ - [قلنا : كذلك نقول : لايثبت الخيار] (٣) بالجب بعد الوطء ، كما لا يثبت بالعنة بعد الوطء (٤) .

٢٢٤١٧ - [فإن قيل : فيجب إذا امتنع الزوج من الوطء ، وهو صحيح قادر علىالوطء تثبت لها المطالبة بالوطء] (٥) .

٢٢٤١٨ - قلنا : كذلك نقول : إن القادر على وطئ زوجاته وإمائه إذا تزوج امرأة فلم يطأها أجلناه سنة ، فإن وطئها في السنة وإلا فرقنا بينهما (٦) ، ومن كان قادرًا على وطء بعض (٧) نسائه ، فليس بعنين ، وهذه المسألة منصوصة في الكتاب (٨) .

٢٢٤١٩ - فإن قيل : إنما ثبت الخيار عندكم لأنها لا تأمن أن يطلقها ، ويرفعها إلى الحاكم ، ثم يوجب لها نصف المهر ، فكيف يثبت الخيار على ثبوت نصف الصداق ؛

---

(١) انظر : المبسوط (٩٦/٥) . (٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) لأن الامتناع عن الوطء قد يكون للعجز ، وقد يكون لبغضه إياها ، فإذا أجل فإنه يقدم على الوطء دفعًا للعار عن نفسه إن كان قادرًا ، وأول الأجل من حين الإقرار وظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل . والتأجيل : إنما يكون بسنة شمسية ؛ لأن الفصول تكمل فيها ، فيحتمل أن يزول الداء في المدة بين الشمسية والقمرية . فإذا حال الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل إليها ؛ فإنه يسأل الزوج عن ذلك ، فإذا قال : قد وطئها ، وهي ثيب ، فالقول قوله ، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء : فإن قلن : إنها بكر ، فالقول قولها ، وإن قلن : إنها ثيب ، فالقول قول الزوج . وإذا ثبت عدم الوصول إليها خيرها القاضي ، فإن اختارت المقام معه بطل حقها ، لرضاها بالعيب ، وإن اختارت الفرقة ، فرق القاضي بينهما ، وتكون تطليقة بائنة . انظر : تحفة الفقهاء (٢٢٦/٢ ، ٢٢٧) بتصرف . وعند الشافعية الفرقة : فرقة فسخ ؛ لأنه يجعل فسخ عقدة النكاح إليها دونه . انظر : الأم (٣٥/٥) .

(٧) ساقطة من (م) . (٨) انظر : المبسوط (١٠٢/٥) .

فيفرقون بينهما ، وهذه الفرقة [1] تسقط جميع الصداق ؟ .

٢٢٤٢٠ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن القاضي يفرق بينهما ، وهذه الفرقة طلاق عندنا ، ويقضي عليه بجميع المهر للخلوة ؛ فيسلم لها البدل ويسقط ما تخافه من النقص فيه ؟ [2] .

٢٢٤٢١ – قالوا : معاوضة لازمة يلحقها الفسخ ، فجاز أن تفسخ بالعيب ، كالبيع [3] .

٢٢٤٢٢ – قلنا : النكاح لازم من جهة المرأة ، غير لازم من جهة الزوج ، فالوصف غير مسلم .

٢٢٤٢٣ – وقولهم : « يلحقها الفسخ » غير مسلم ؛ لأن الفسخ عندنا لا يدخل الأنكحة ، وإنما يدخلها الفرق ، فتارة طلاقًا ، وتارة غير طلاق .

٢٢٤٢٤ – فإن أرادوا بالفسخ الفرقة .

٢٢٤٢٥ – قلنا بموجب العلة في التفريق بالجب والعنة ، والتفريق بعدم الكفاءة ، والمعنى في البيع ؛ لأنه لما [4] دخله الفسخ ، لم يختص الفسخ بعيوب معدودة [فلو] [5] دخل النكاح الفسخ بالعيب لم تنحصر العيوب [6] .

٢٢٤٢٦ – قالوا : عقد على منفعة ، كالإجارة [7] .

٢٢٤٢٧ – قلنا : هناك العقد على منفعة ، فالعيب فيها عيب بنفس المعقود عليه . وفي مسألتنا المعقود عليه الاستباحة ، فهذه العيوب كلها بغير المعقود عليه ، ولأن الإجارة لما فسخت بالعيوب الخمسة فسخت فيما سواها ، ولما لم ينفسخ النكاح بما سوى الخمسة لم يفسخ بها [8] .

٢٢٤٢٨ – قالوا : عقد على منفعة ، فينفسخ بجنون المعقود عليه ، كالإجارة إذا جن العبد [9] .

٢٢٤٢٩ – قلنا : [10] إذا جن العبد [11] لم يكن استيفاء منفعة لم ينفسخ العقد ،

---

(١) ساقط من (م) .
(٢) انظر : المبسوط (٩٦/٥) .
(٣) انظر : المهذب (٦٢/٢) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [فلم] .
(٦) ولا نسلم هذا لأن العيوب في النكاح منحصرة في ثمانية أنواع ثبت البرص بالنقص وما عداه بالقياس عليه . المغني (٦٥١/٦) .
(٧) انظر : المغني (٦٥١/٦) .
(٨) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٩) ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) ساقط من (ن) ، (ع) .
(١١) ساقط من (ن) ، (ع) .

وإنما يفسخ إذا تعذر بالجنون استيفاء يفسخ العقد ، وإنما يفسخ إذا تعذر بالجنون استيفاء المنفعة ، والجنون في المرأة لا يمنع استيفاء الاستباحة ، ولم يؤثر ذلك في المعقود عليه ، وينعكس فتقول : وجب أن يستوى الجنون والبرص كالإجارة (١) .

٢٢٤٣٠ – قالوا : الصداق يجب رده بالعيب ، وكل عوض جاز رده بالعيب جاز رد ما في مقابلته إذا لم يرض به ، أصله : الثمن ، والمثمن (٢) .

٢٢٤٣١ – قلنا : لا يمتنع أن يختلف في العقد حكم البدلين . بدلالة : أن بدل الخلع والصلح من دم العمد والكتابة ، يرد بالعيب ، وما في مقابلته لا يرد بالعيب . ولأن العيب إذا وجد بالبدن لم يفسخ به العقد ، ولأن العيب بالبدن عيب بالمعقود عليه ، وقد بينا أن العيب بالمرأة موجود بتعين المعقود عليه .

٢٢٤٣٢ – قالوا : والجنون والجذام والبرص يمنع الاستمتاع ؛ لأن النفس تنفر منها ، وتعدي الزوج والولد (٣) .

٢٢٤٣٣ – قلنا : أما نفور النفس : فموجود في البخر والقروح السائلة إذا كانت بالبدن ، وأما العدوى : فقد أخبر فيها رسول الله ﷺ بخلاف ذلك ، فقال : « لا عدوى ولا صفرة ولا طيرة » (٤) . وقيل له : في الإبل إذا وردت على الجراب أنها تجرب ، فقال : « ومن أعدى الأول » (٥) .

٢٢٤٣٤ – والمشاهدة تبطل ذلك ؛ لأن ولد الأبرص قد يكون سليمًا ، وولد السليم قد (٦) يكون أبرصَ (٧) وما روي عنه ﷺ « فِرَّ مِنَ المَجْذُومِ كَفِرارِكَ من الأسدِ » (٨) ؛

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .

(٢) انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٣) انظر : الأم (٨٥/٥) .

(٤) أخرجه البخاري ، باب لا عدوى ، انظر : فتح الباري (٢٤٥/١٠) ، ومسلم ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفرة ، ولا غول ولا يرد ممرض على مصح ، (٢٨٨/٢) وفي التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح ، كتاب الطب ص ١٣٦ ، وفي السنن الكبرى للبيهقي (٢١٦/٧) .

(٥) أخرجه البخاري : كتاب الطب ، باب لا عدوى (٢٤٣/١٠) ، ومسلم : كتاب الطب ، باب لا عدوى ولا طيرة (٢١٣/١٤) صحيح مسلم بشرح النووي ، وأبو داود : كتاب الطب ، باب في الطيرة (٢٣١/٤) ، وكلهم من حديث أبي هريرة .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أجاب عن ذلك الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الأم ، فقال : « فأما الولد فبين والله تعالى أعلم أنه إذا ولده أجذم أو أبرص ، أو جذماء أو برصاء قلما يسلم ، وإن سلم أدرك نسله ، ونسأل الله العافية » . انظر : الأم (٨٥/٥) .

(٨) الحديث أخرجه البخاري ، باب الجذام . انظر : فتح الباري (١٦٧/١٠) .

يجوز أن يكون مجذوما معينًا أمرنا باجتنابه لكفره ، أو المعنى غير الجذام [١] وما روى أن رجلًا قد مد يده وكان مجذومًا وما قبض ﷺ يده عنه ، ثم قال : « قَد بَايَعْتُكَ » [٢] ؛ فيحتمل أن يكون جذامًا مقيمًا ، فاستقذره ﷺ ولم يكن ذلك لخوف العدوى [٣] .

* * *

(١) لا نسلم هذا القول ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، باب اجتناب المجذوم (٢٥٣/٢) .

(٣) لانسلم هذا الاحتمال أيضًا ؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والله أعلم .

مسألة : خيار العتق

٢٢٤٣٥ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة وهي تحت زوج ؛ فلها الخيار حرًا كان الزوج أو عبدًا [(١)] .

٢٢٤٣٦ - وقال الشافعي : إن كان عبدًا ؛ فلها الخيار ، وإن كان حرًا ؛ فلا خيار لها ، فإن أعتقت تحت عبد فأعتق قبل التخيير ، هل تخير ؟ فيه قولان [(٢)] .

٢٢٤٣٧ - لنا : ما روي شعبة عن الحكم [(٣)] وعن إبراهيم [(٤)] عن

(١) انظر قول الأحناف في المبسوط (٩٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٥٠٧/٣) ، شرح فتح القدير (٢٨٠/٣) ، الاختيار (٥٠٠/٣) وفيه يقول : وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حر أو عبد فلها الخيار .

(٢) انظر : قول الشافعي رحمه الله : في كتابه الأم (١٢٢/٥) ، المهذب (٦٥/٢) ، المجموع (٢٩١/٢) ، مغني المحتاج (٢١٠/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٦٨/٣) ، حلية العلماء (٤١٩/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٨٠/٤) يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر ، لم يثبت لها الخيار » . وخيار العتق قيل : إنه على الفور ؛ لأنه خيار النقص ، فكان على الفور كخيار العيب في البيع ، وقيل : إنه على التراخى لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام ، أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا في وقته قولان : أحدهما : يقدر بثلاثة أيام ؛ لأنه جعل حدا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع . والثاني : أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها ، وهو قول ابن عمر ، وأخته حفصة ، والفقهاء السبعة . انظر : المجموع (٢٩١/١٦ ، ٢٩٢) . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : قولهما في بداية المجتهد (٥٣/٢) ، المغني (٦٥٩/٦) . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة هو : تعارض النقل في أحاديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار ، أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق ، قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال الجبر على النكاح بإطلاق ، قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط ، قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل : فإنه روي عن ابن عباس : أن زوج بريرة كان عبدًا أسود ، وروي عن عائشة أن زوجها كان حرًا ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث . انظر : بداية المجتهد (٥٣/٢) .

(٣) هو : الحكم بن عيينة ، أبو محمد الكندي ، مولاهم الكوفي ، حدث عن : طاووس ، ومجاهد ، وسعيد ابن جبير ، وغيرهم ، وحدث عنه : منصور ، والأعمش ، والأوزاعي ، وغيرهم ، ثقة ثبت ، فقيه ، مات سنة (١١٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥) .

(٤) هو : إبراهيم بن يزيد التيمي ، الإمام الفقيه ، حدث عن أبيه ، وحدث عنه : الحكم ، وإبراهيم النخعي ، وجماعة ، يقال : قتله الحجاج ، وقيل : بل مات في حبسه سنة (٩٢ هـ) ، وقيل : (٩٤هـ) ، وهو دون =

الأسود [١] عن عائشة ، قالت : كان زوج بريرة [٢] حرًا ، وإنها خيرت فاختارت نفسها .

٢٢٤٣٨ - [روى سفيان ، عن منصور [٣] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حرًا »] [٤] وروى الأعمش [٥] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حرًا ، فلما أعتقت خيرها رسول الله ﷺ [٦] » .

٢٢٤٣٩ - فإن قيل : هذا معارض بما روى عن هشام ، عن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة ، قالت : « كان زوج بريرة عبدًا ، ولو كان حرًا لما خيرها » [٧] .

٢٢٤٤٠ - قلنا : هذا خبر مضطرب ؛ لأن هشام بن عروة ، روى عن عبد الرحمن ابن القاسم [٨] ، عن أبيه : أن زوج بريرة كان عبدًا [٩] . فلما روي الخبر مرة عن أبيه ،

= الأربعين من عمره . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٠/٥) .

(١) هو : الأسود بن يزيد بن قيس ، أبو عمرو النخعي الكوفي ، وقيل : يكنى أبا عبد الرحمن ، وكان الأسود مخضرمًا ، أدرك الجاهلية ، والإسلام ، حدث عن : معاذ بن جبل ، وعائشة ، وبلال ، وابن مسعود ، وغيرهم ، وحدث عنه : إبراهيم بن يزيد التيمي ، والشعبي ، وآخرون ، وهو نظير مسروق في الجلالة والعلم ، والثقة ، يضرب بعبادتهما المثل ، نقل العلماء في وفاة الأسود أقوالا أرجحها : أنه مات سنة (٥٧ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٠/٥) ، والعبر (١١٣/١) .

(٢) هي : بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق ، ﵄ ، كانت مولاة لبنى هلال ، فكاتبوها ، ثم باعوها من عائشة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٤٩/٤-٢٥٢) .

(٣) هو : منصور بن المعتمر ، أبو عتاب السلمى الكوفي أحد الأعلام ، حدث عن : ابراهيم النخعي ، وسعيد ابن جبير ، وغيرهما ، وحدث عنه خلق كثير منهم : شعبة ، والسفيانان ، قال أبو حاتم الرازي : هو أتقن من الأعمش لايخلط ولا يدلس ، مات سنة (١٣٣هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) هو : سليمان بن مهران ، أبو محمد الأسدي الكاهلي ، مولاهم الكوفي الحافظ ، حدث عن ، أنس بن مالك ، وغيره ، وحدث عنه خلق كثير منهم : شعبة ، والأوزاعي وغيرهما ، وثقه ابن معين ، والنسائي ، مات سنة (١٤٧هـ) وقيل : (١٤٨هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٦/٦) .

(٦) الأحاديث الثلاثة أخرجها البخاري في كتاب « الفرائض » باب ميراث السائبة ، وباب الولاء لمن أعتق ، وباب إذا أسلم على يديه . انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي (١٦٩/٤) .

(٧) أخرجه مسلم : كتاب العتق حديث رقم (٩) وأبو داود كتاب الطلاق باب ١٩ حديث رقم ٢٢٣٣ ، والترمذي ، كتاب الرضاع ، باب المرأة تعتق حديث رقم ١١٥٤ ، والنسائي كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة (١٦٣/٦) .

(٨) هو : عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضى‌الله عنه الفقيه المدني ؛ روى عن أبيه وابن المسيب ، وروى عنه ، مالك ، والزهري . مات سنة (١٢٦هـ) بالشام . انظر : تهذيب الأسماء (٣٠٣/١) ، طبقات الحفاظ ٥٠ .

(٩) أخرجه مسلم ، كتاب العتق ، باب الولاء لمن أعتق حديث رقم (١٤) ، وأبو داود : كتاب الطلاق ، =

ومرة عن عبد الرحمن بن القاسم ؛ فإن الرجوع إلى رواية الكوفيين عن الأسود من غير تعارض أولى (١) .

٢٢٤٤١ - وروى سماك بن حرب (٢) ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، وسماك لا تقابل رواياته رواية الحكم ، ومنصور ، والأعمش .

٢٢٤٤٢ - فإن قيل : خبرنا رواه القاسم ، وهشام (٣) ، وعمرة بنت عبد الرحمن (٤) ، ورواية الثلاث أولى من رواية الواحد .

٢٢٤٤٣ - [قلنا] (٥) : هذا يقال عند تساوي الخبرين ، وخبر من روى الحرية أولى من خبر من روى الرق ، كشهادة اثنين بالرق وجماعة بالحرية ، أن الحكم بالحرية أولى ، وإن اجتمع على الرق عشرة (٦) .

٢٢٤٤٤ - فإن قيل : لسنا نسلم هذا في الشهادة .

٢٢٤٤٥ - قلنا : إذا كان الرق معلومًا بالشهادة فبالحرية أولى بإجماع ، وإنما يقول

= باب ١٩ ، حديث رقم ٢٢٣٤ ، والنسائي : كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة (١٦٥/٦) .

(١) لا نسلم ذلك ؛ لأن الخطابي ذكر في معالم السنن ما يفيد ترجيح رواية أهل الحجاز ، فقال ما نصه : « وقد اختلفت الروايات فيها عن عائشة رضي الله عنها فروي عنها أهل الحجاز وأنها قالت : كان زوج بريرة عبدًا ، وكذلك رواه عروة ، والقاسم بن محمد ، وروى أهل الكوفة أن زوجها كان حرًا كذلك رواه الأسود بن يزيد عنها ، وقد ذكر أبو داود هذه الأحاديث في هذا الباب ، فكانت رواية أهل الحجاز أولى ؛ لأن عائشة رضي الله عنها عمة القاسم وخالة عروة ، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب ، والأسود يسمع كلامها من وراء حجاب » .. انتهى كلامه . انظر : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٦٧١/٢) .

(٢) هو : سماك بن حرب بن أوس بن خالد بن نزار بن معاوية بن حارثة الإمام الحافظ ، أبو المغيرة الذهلي ، الكوفي ، حدث عن : النعمان بن بشير ، والضحاك ، وغيرهما ، وحدث عنه : شعبة والثوري ، وإسرائيل وآخرون ، قال النسائي : ليس به بأس ، وفي حديثه شيء ، وقال آخر : كان فصيحًا مفوهًا يزين الحديث منطقه ، مات سنة (١٢٣ هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٥/٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) هي : عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة بن عدس ، الأنصارية المدنية الفقيهة ، ربيبة عائشة وتلميذتها ، حدثت عن : عائشة ، وأم سلمة ، وأم حبيبة وغيرهن ، وحدث عنها : ابنها محمد بن عبد الرحمن ، والزهري ، وآخرون ، وكانت عالمة ، فقيهة ، حجة ، كثيرة العلم ، وثقها ابن معين ، توفيت سنة (٩٨هـ) وقيل (١٠٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠٧/٤) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) لا نسلم ذلك ؛ لأن الإمام البخاري رحمه الله رجح الخبر الذي يقول : إن زوجها كان عبدًا ، حيث قال : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيته عبدًا ؛ أصح اهـ . انظر : فتح الباري (٤١٠/٩) .

مخالفنا إذا [1] جهل الأمر ، فالرق أولى ، ومغيث [2] معلوم أنه كان عبدًا أسود فحاله غير مجهول ، فالخبر بحريته كالشهادة بحريته [3] .

٢٢٤٤٦ – فإن قيل : هشام بن عروة ابن أختها [أسماء] [4] ، والقاسم بن أخيها [محمد] [5] وعمرة بنت أخيها عبد الرحمن ، وكل هؤلاء يرونها بغير حجاب ، فروايتهم أولى من رواية الأسود الذي لقيها دون حجاب [6] .

٢٢٤٤٧ – قلنا : رواية الأهل لم يقل أحد بتقديمها على رواية غيرهم . ولأن حجة الصحابة حديث أسامة ، وابن عباس ، على حديث أبي بكر وعمر .

٢٢٤٤٨ – قالوا : القاسم بن محمد ، وعروة بن الزبير من الفقهاء السبعة [7] فروايتهم أتقن [8] .

٢٢٤٤٩ – قلنا : هذا كلام من لا يعرف منزلة الأسود في علمه ودينه وسفره في طلب العلم ومناظرته لعلي بن أبي طالب ، وأن عبد الله بن عباس استفتاه ورجع إلى قوله ، والراوي عنه إبراهيم النخعي ومنزلته في العلم والدين أظهر من أن يدل عليها .

٢٢٤٥٠ – على أن الترجيح يستعمل في الخبرين المتضامنين ، ونحن نجمع بينهما ، فنقول : كان عبدًا في الأصل ، وحرا عند إعتاقها ، أو نقول : كانت عائشة ظنت أنه

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) هو : مغيث زوج بريرة ، وهو مولى آل أحمد بن جحش الأسدي . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥١/٣ ، ٤٥٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، وأسماء هي أسماء بنت أبي بكر الصديق ، أمها قتيلة بنت عبد العزى قرشية ، وكانت أسماء تلقب بذات النطاقين ، توفيت سنة (٢٤هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٢٩/٤) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) سبقت ترجمته .

(٦) انظر : شرح السنة للبغوي (١١٠/٩ ، ١١١) .

(٧) هم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وسليمان ابن يسار ﷺ جميعًا ، وقد نظمهم القائل فقال :

إذا قيل من في العلم سبعة أبحر   روايتهم ليست عن العلم خارجة
فقل هم عبيد الله عروة قاسم   سعيد أبو بكر سليمان خارجة

انظر : المهذب (٦٦/٢) ، والمجموع (٢٩٢/١٦) ، إعلام الموقعين (٢٣/١) .

(٨) انظر : المغني (٦٥٩/٦) ، المهذب (٦٦/٢) .

عبد ؛ لأنه لم يثبت عندها عتقه ، وأخبرت على الظاهر ، ثم علمت عتقه فقالت : كان حرًا (١) .

٢٢٤٥١ – فإن قيل : فنحن نقول : إنها قالت : كان حرًا ؛ لأنها لم تعلم استرقاقه ، والأصل الحرية ، ثم علمت برقه .

٢٢٤٥٢ – قلنا : هذا لايصح في المجهول الحال ، فأما مغيث : فالحال في رقه أظهر من أن يخفي ، فقد كان أسود (٢) .

٢٢٤٥٣ – فإن قيل : ما روى في خبركم : أنه كان حرًا ، قول الأسود ، وليس من قول عائشة ، بدلالة : أن ابن المنذر روى عن إبراهيم أن الأسود قال : كان زوج بريرة حرًا (٣) .

٢٢٤٥٤ – قلنا : إذا أخبر الأسود بما رواه لم (٤) يدل ذلك على أنه من قوله ؛ لأن الإنسان يروي ، ويفتي ويخبر بما روى .

٢٢٤٥٥ – فإن قيل : إذا تعارضت الأخبار عن عائشة ، فقد روي عن ابن عباس : إن زوج بريرة كان عبدًا ، ولم تتعارض الرواية عنه (٥) .

٢٢٤٥٦ – قلنا : لا يعارض هذا ما رويناه ؛ لأن من نقل الحرية الطارئة ، أولى ممن نقل الرق الذي هو الأصل .

٢٢٤٥٧ – وطريقة أخرى من الاستدلال بالخبر ، وهي ما روى أن النبي ﷺ قال لبريرة : « ملكت بضعك فاختاري » (٦) . فجعل العلة في ثبوت الخيار ملكها لبضعها ، وهذا يفيد ثبوت الخيار لمعنى فيها ، وعند مخالفنا : أن الخيار ثبت لمعنى في الزوج ؛ فالخيار يفيد ضد مذهبه ، ولا يحتاج على هذه الطريقة إلى / إثبات حرية الزوج ؛ لأنا إذا سلمنا أنه عبد ؛ فقد علل ﷺ ثبوت الخيار بمعنى فيها ، وهذا خلاف قولهم (٧) . ٢٥/أ

(١) لا نسلم هذا الجمع الذي سلكه الأحناف ؛ لأن الحافظ ابن حجر قال ما نصه : ويرد هذا الجمع بما تقدم من قول عروة : كان عبدًا ولو كان حرًا لم تخيره . أخرجه الترمذي بلفظ : إن زوج بريرة كان عبدًا أسود يوم أعتقت ، فهذا يعارض الرواية المتقدمة عن الأسود . انظر : فتح الباري (٤١١/٩) .

(٢) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (٢٢٤/٧) .

(٣) انظر : فتح الباري (٤١٠/٩) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : شرح السنة للبغوي (١١١/٩) .

(٦) أخرجه الزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية (٢٠٥/٣) ، وفي تلخيص الحبير (١٧٨/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

٢٢٤٥٨ - قالوا : هذه اللفظة لا تعرف [١] .

٢٢٤٥٩ - قلنا : رواها شيخنا أبو بكر الرازي بإسناده [٢] .

٢٢٤٦٠ - قالوا : لا نسلم أنها ملكت نفسها إذا كانت تحت العبد [٣] .

٢٢٤٦١ - قلنا : لم يرد النبي ﷺ بقوله : « ملكت بضعك فاختاري » يعني بالاختيار ، وإنما أراد أن الملك في البضع بالحرية انتقل إليها [٤] .

٢٢٤٦٢ - فإن قيل : قوله : « ملكت بضعك فاختارى » بيان لبعض العلة ، وتمامها ملكت بضعك تحت العبد ، فوكل بعض العلة إلى الاجتهاد ، وذلك [غير] [٥] ممتنع كما يجوز أن يكل جميعها إلى الاجتهاد ، وهذا كما يقولون في قوله ﷺ في دم الاستحاضة : « إنه دم عرق » [٦] . والمراد به دم [٧] عرق خارج .

٢٢٤٦٣ - قلنا : الظاهر أنه إذا [٨] ذكر التعليل فقد علق الحكم به ، ومتى كان المذكور بعض العلة ؛ فالحكم لا يتعلق به ، وذلك غير الظاهر .

٢٢٤٦٤ - وأما قوله ﷺ : « إنه دم عرق » ، فإنما علمناه ، بدليل الإجماع أن الطهارة لا تتعلق بالدم إلا بعد خروجه ، فضممنا ذلك إلى كونه دم عرق [بالإجماع .

٢٢٤٦٥ - ولأن الحكم لا يجوز أن يتعلق بمجرد كونه دم عرق] [٩] وفي مسألتنا يمكن تعلق الحكم بالعلة المذكورة ؛ فلا يجوز ضم وصف آخر إليها [١٠] .

٢٢٤٦٦ - فإن قيل : المعتقة ما ملكت بضعها ، وإنما ملكت الخيار الذي تملك به بضعها ولا نسلم هذا تحت الحر .

٢٢٤٦٧ - قلنا : غلط ، هي مالكة لبضعها بالتخيير وإنما نملك أن تخير لترفع ملك الزوج عن الاستباحة وملك البضع غير هذا ، ألا ترى أن المولى كان مالكًا لبضعها والزوج يملك الاستباحة ، وهي تملك بالعتق ما كان المولى يملكه ؟ ولأنها ملكت نفسها

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لا نعرف هذا اللفظ » .

(٢) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

(٣) انظر : المغني (٦٥٢/٦) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [هو] ، ولا وجه له .

(٦) أخرجه البخاري : كتاب الحيض ، باب إقبال المحيض وإدباره ، البخاري بحاشية السندي (٦٧/١) ، من حديث عائشة .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : سبل السلام (٢٢٠/٣) .

قلنا : نريد بذلك أنها أولى بالتصرف في نفسها من غيرها . ولا يلزم ، كالأمة إذا تزوجت بغير إذن المولى ثم أعتقها أنه يجوز . ولا خيار لها ؛ لأن العقد بالناس إنما يتم بعد الحرية فقد ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها ولا يلزم على هذا إذا زوج أمته ولا مال له غيرها بمهر هو ضعف قيمتها ، ثم أعتقها في مرضه ومات أنه لا خيار لها وذلك لأن هذه عندنا لها الخيار وإنما تعذر استيفاء الخيار لها اختارت نفسها قبل الدخول قط المهر وإذا قط لم يخرج رقبتها من الثلث ، فوجبت السعاية ، وإذا وجبت السعاية بطل خيارها .

٢٢٤٦٨ – ففي إيقاع الفرقة بالخيار إسقاط الخيار ، فتعذر كالاستيفاء والتعليل لثبوت الخيار لا لاستيفائه .

٢٢٤٦٩ – يبين ذلك : أنه لو ظهر للميت مال ثبت الخيار ، ولا يجوز أن يتجدد الخيار بظهور المال ، فعلم أنه ثبت بالعتق ثم تعذر كالاستيفاء ، فلما أمكن الاستيفاء خيرت ، ولا يلزم الحرة إذا أقرت برق وهي تحت زوج أعتقت لا خيار لها ؛ لأنا قلنا بعد تمام العقد عليها ، وها هنا أي عقدت على نفسها ، ولأنا قلنا : ملكت نفسها بالحرية وهنا القبض في حق جميع الناس ، وهذه لا تصدق على الرق في حق الزوج فلم تملك نفسها بالحرية في حقه .

٢٢٤٧٠ – فإن قيل : المعنى في الأصل : أن الزوج لم يساوها في الكمال ، فيثبت لها الخيار ومن أعتقت تحت حر فقد ساواها في الكمال ، [فلم يثبت إذا أعتقت الخيار .

٢٢٤٧١ – قلنا] [1] : عدم المساواة حال البقاء [2] في الكمال لا يثبت الخيار ، بدلالة الفقيرة تحت الفقير لا خيار لها ، كذلك الفاسقة إذا أعتقت تحت الفاسق ؛ لأن زوال المساواة حصل في حال البقاء ؛ لأن سبب الخيار طارئ ، فاستوى فيه رق الزوج وحريته ، أصله : إذا قال لها : اختاري .

٢٢٤٧٢ – ولأن بالحرية يملك عليها زيادة معنى لم يملكه بالعقد وهو المراجعة في الطهر الثالث ، فكان لها حق التفريق ، حتى لا يملك عليها ما لم يكن مالكه من قبله ، أصله : إذا كانت تحت عبد .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢٢٤٧٣ – ولأنها معتقة تحت زوج كما لو كان عبدًا [١] .

٢٢٤٧٤ – احتجوا : بما روي أن زوج بريرة كان عبدًا ، فخيرها رسول الله ﷺ .

٢٢٤٧٥ – قالوا : والحكم إذا نقل مع السبب ؛ فهو كنقل العلة كقولهم : زنا ماعز [٢] فرجمه رسول الله ﷺ [٣] .

٢٢٤٧٦ – قلنا : إذا روي أنه كان حرًا يوم أعتقت فخيرها ؛ بطل أن يكون الرق علة ؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز أن ينتقل الحكم مع عدمه ، وقد بينا أن الجمع بين الخبرين يقتضي أنه كان عبدًا في الأصل ، وحرًا عند التخيير ، ويحتمل أن يكون عبدًا يوم العتق وحرًا يوم التخيير ، فيكون أيضًا جمعًا بين الخبرين ودلالة على مخالفنا [٤] .

٢٢٤٧٧ – فإن قيل : [في خبرنا أنه كان حرًا عند التخيير] [٥] ، ويحتمل قوله حرًا على حرية الأصل ، وقوله : كان عبدًا على الرق الطارئ .

٢٢٤٧٨ – قلنا : في خبرنا أنه كان حرًا عند التخيير ، ويستحيل أن يطرأ الرق على الحرية في دار الإسلام ، كيف ، وقد روي سليمان التيمي [٦] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : كان زوج بريرة مملوكًا لآل أبي أحمد [٧] .

٢٢٤٧٩ – فهذا يدل على أنها أخبرت عن حرية تعلق بها الولاء ، وهذه حرية

---

(١) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

(٢) هو : أبو الفيل بن مالك الأسلمي ، وماعز لقبه ، أسلم وله صحبة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٥٦/٤) ، الطبقات الكبرى (٣٢٤/٤) .

(٣) أخرجه مسلم (٤٩/٢) ، باب من اعترف على نفسه بالزنا . وابن دقيق العيد في الإلمام بأحاديث الأحكام ص ٢٣٦ .

(٤) لا نسلم هذا الجمع بين الخبرين ؛ لأن الحافظ ابن حجر قال ما نصه : « ويرد هذا الجمع بما تقدم من قول عروة : كان عبدًا ولو كان حرًا لم تخير » اهـ . انظر : فتح الباري (٤١١/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .

(٦) هو : سليمان بن طرخان ، التيمي ، مولى بني مرة ، كان ينزل في بني تيم فنسب إليهم ، كنيته أبو المعتمر ، كان من عباد البصرة وصالحيهم ، ثقة وإتقانا وحفظا ، مات سنة (١٣٤هـ) بالبصرة . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٩٣ .

(٧) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة تحت العبد ، حديث رقم ٥٢٨١ ، عن عكرمة عن ابن عباس قال : ذاك مغيث عبد لبني فلان ، وعند الترمذي : من طريق سعيد بن أبي عروبة ، عن أيوب ، كان عبدًا أسود لبني المغيرة ، سنن الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الأمة تعتق ولها زوج ، حديث رقم ١١٦٦ . وعند أبي داود بسند فيه محمد بن إسحاق : عبد لآل أبي أحمد ، كتاب الطلاق : باب ٢١ ، =

طارئة ، وليست حرية الأصل .

٢٢٤٨٠ – ولأنا نعلق الحكم بعتقها ، ويعلقونه بعتقها ورقِّه ، فكل منا رجع إلى السبب المنقول ، لأنا علقنا الحكم بالسبب المتجدد وهو العتق ، وعلقوه به وبسبب لم يتجدد وهو رق الزوج ، والحكم إذا نقل مع السبب ؛ فالمتجدد هو العلة ، كقولهم : زنا ماعز فرجمه رسول الله ﷺ (١) ، [فتعلق الحكم بالزنا المتجدد دون ما لم يتجدد من صفات ماعز ، وكذلك : سها رسول الله ﷺ] (٢) فسجد (٣) . يتعلق الحكم بالمتجدد وهو السهو ولا يتعلق بكون الساهي (٤) رسول الله ﷺ (٥) .

٢٢٤٨١ – احتجوا : بحديث عروة ، عن عائشة : أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبدًا ، فخيرها رسول الله ﷺ ، ولو كان حرًّا لم يخيرها (٦) .

٢٢٤٨٢ – قالوا : وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فكأنها روت ذلك عن النبي ﷺ (٧) .

٢٢٤٨٣ – قلنا : إذا روي عن عائشة أنه كان عبدًا (٨) فخيرها علم أنها ظهرت عن ظن منها أنه عبد ، ثم بان لها خلاف ذلك .

٢٢٤٨٤ – وقولها : « ولو كان حرًّا لم يخيرها » لا يجوز أن يكون توفيقًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يتعين روايتها ، فعلم أن هذا قالته ظنًّا حين اعتقدت أنه عبد ، وأن الحكم نقل مع السبب ، فلما بان لها خلاف ذلك انتقلت إليه (٩) .

= حتى متى يكون لها الخيار حديث رقم ٢٢٣٦ ، وقال عبد البر : مولي بني مطيع ، والأول وهو أنه مولى لآل أبي أحمد أصح وأثبت ، لصحة السند . انظر : فتح الباري (٤٠٧/٩) .

(١) سبق تخريجه.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود ، حديث رقم ١٠٣٩ ، وابن ماجه : باب السهو في الصلاة (٥٦/١) حديث رقم ٢٨٦ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [المتناهي] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٩/٢) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ﷺ] . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « فجعل الخيار لرق الزوج ، ثم قطعت على النبي ﷺ بأنه لو كان حرًّا ما خيرها » .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [حرًّا] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه ، كما هو في كتب الحديث .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) . ولا نسلم أن ما قالته عائشة ظنًّا منها أنه عبد ؛ لأنها صاحبة القصة ، فكيف يتصور أن ما قالته على طريق الظن ؟ . يقول الإمام النووي رحمه الله : « يؤيد قول من قال : كان عبدًا لقول عائشة كان عبدًا ، فأخبرت وهي صاحبة القصة بأنه كان عبدًا ؛ فصح رجحان كونه عبدًا قوة وكثرة =

٢٢٤٨٥ - احتجوا : بما روى عن عائشة أن النبي ﷺ قال لبريرة : « إن شئت أقمت تحت هذا العبد ، وإن شئت فارقته » [١] .

٢٢٤٨٦ - قلنا : يجوز أن يكون سماه عبدًا لقرب عهده بالرق ، كما روي : أنه أمر بلالًا [٢] أن ينادي أنا العبد ، فأقام الدليل على ذلك خبرنا .

٢٢٤٨٧ - قالوا : روى القاسم بن محمد ، عن عائشة أنها أرادت أن تعتق مملوكين لها فأمرها النبي ﷺ أن تبدأ بالرجل دون المرأة [٣] .

٢٢٤٨٨ - ولا فائدة في تقديم عتق الرجل إلا الاحتياط للنكاح ، حتى لا يتقدم عتقها فتختار [٤] .

٢٢٤٨٩ - قلنا : لو كان التقدم لذلك ، كان يأمرها أن تعتقهما معًا ؛ لأن الخيار لا يثبت على قولكم ، فعلم أنه أمر بذلك لفضيلة الرجل على المرأة ، فقدمه في العتق لفضله [٥] .

٢٢٤٩٠ - قالوا : روى مثل قولنا : عن عائشة ، وصفية [٦] ، وابن عمر ، وابن عباس [٧] .

٢٢٤٩١ - قلنا : إنما يرجعون إلى من روى الخبر ، فيجعلون ما رواه مذهبه ، وهذا ليس بصحيح .

٢٢٤٩٢ - وقد روي عن ابن عباس : أن الأمة إذا أعتقت ولها زوج فاختارت نفسها فلا مهر لها ، أن تذهب بنفسها وماله ولم يفصل بين الزوج الحر والعبد .

= وحفظا » انتهى كلامه . انظر : سبل السلام (٢١٩/٣) .

(١) أخرجه الدارقطني : كتاب النكاح حديث رقم ١٦٣ ، (٢٨٨/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٧) .

(٢) هو : بلال بن رباح ، مولى أبي بكر ، وهو مؤذن رسول الله ﷺ ، من السابقين الأولين ، شهد بدرًا ، وفي وفاته أقاويل ، قيل : إنه مات سنة (٢٠هـ) بدمشق ، وقيل : (٢١ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٧/١) ، الإصابة (١٦٥/١) .

(٣) أخرجه الترمذي : كتاب الطلاق ، باب (٢٢) حديث رقم ٢٢٣٧ ، والنسائي كتاب الطلاق ، باب خيار المملوكين يعتقان (١٦١/٦) ، وابن ماجه : كتاب العتق ، حديث رقم ٢٥٣٢ ، والدارقطني (٢٨٨/٣) .

(٤) انظر : شرح السنة للبغوي (١١١/٩) . (٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٦) هي : صفية بنت أبي عبيد الثقفية ، زوج عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أدركت النبي ﷺ ، ولم ترو عنه ، وروت عن عائشة وحفصة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٥١/٤) ، وأسد الغابة ترجمة ٧٠٦٠ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٢٩/٤) ، كتاب النكاح وصحح مراجعة الأثر .

٢٢٤٩٣ – وقد قال بقولنا : الشعبي ، وطاووس [1] ، والنخعي ، قال : طاووس [2] : لها الخيار ولو أعتقت تحت قرشي ، وهؤلاء لن ينقرض عصر الصحابة حتى أفتوا بخلافهم معتد به ، فيما روى عن بعض الصحابة ، ولم يعلم انتشاره [3] .

٢٢٤٩٤ – قالوا : [الأصل بقاء النكاح] [4] ، فمن زعم أنه يفرق بينهما احتاج إلى دليل [5] .

٢٢٤٩٥ – قلنا : الأصل أن منافعها لم تملك عليها ، [وإنما ملكت على المولى] [6] ، فمن زعم أنها تملك عليها احتاج إلى دليل .

٢٢٤٩٦ – قالوا : حصل لها تحت حر معنى لو قارن ابتداء النكاح لم يثبت به الخيار ، فكذلك في إثباته ، كالعمى والقطع ، [وعكسه الجب والعنة] [7] .

٢٢٤٩٧ – قلنا : الخيار لا يثبت عندنا ؛ لأنها حصلت تحت عبد ، وإنما ثبت لها لأنها لم ترض بتملك بضعها ، وعدم الرضا ولو قارن العقد ثبت الخيار لأجله عندنا ، ويبطل هذا بإسلام الحربي وتحته عشرة ، فإن الإسلام لو قارن عقده عليهن لم يثبت الخيار ، ولو طرأ ذلك على النكاح لثبت الخيار .

٢٢٤٩٨ – والمعنى في العمى والقطع : أنه نقص لو حصل في أحد الزوجين مع كمال الآخر ، لم يثبت الخيار ، كذلك إذا تساويا فيه ، والحرية/ إذا حصلت منها مع نقص الزوج بالرق ، لم يثبت الخيار ، كذلك مع كماله [8] .

٢٥١/ب

٢٢٤٩٩ – قالوا : معنى ساوت به الزوج في الكمال فلم يثبت به لها الخيار ، كما لو أسلمت كتابية تحت مسلم ، وكما لو بلغت وزوجها بالغ ، أو فاقت من الجنون وزوجها عاقل [9] .

٢٢٥٠٠ – قلنا : اعتبار المساواة في حال البقاء لا معنى له ، وإنما يجب اعتبار

(١) هو : طاووس بن كيسان الهمداني الخولاني ، أبو عبد الرحمن ، من فقهاء اليمن ، وخيار التابعين ، مات بمكة سنة (١٠١ هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٢٢ ، والبداية والنهاية (٢٦٣/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي ، باب خيار العتق (٩٦/٢) ، والمغني لابن قدامة (٦٥٩/٦) ، ونصب الراية (٢٠٨/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : المغني (٦٥٩/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٩) انظر : المغني (٦٥٩/٦) .

المساواة في ابتداء النكاح .

٢٢٥٠١ - ولأن الخيار عندنا ثبت لمعنى فيها ، وهو تمام العقد عليها وهذا معنى مؤثر في الاختيار في جميع العقود ، وينعقد لأكثرها عندهم .

٢٢٥٠٢ - ولأنا اتفقنا على أن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود ، وهذه لم نسلم لها بعقد النكاح عوض ، وعدم البدل أولى في إثبات الخيار من نقصه ولأن الذمية إذا أسلمت تحت المسلم لا يثبت لها الخيار ، ليس لتساويهما في الكمال ، بدلالة : أنها لو أسلمت تحت ذمى ، لم يثبت لها الخيار ، فكذلك تحت المسلم ، والأمة إذا أعتقت تحت عبد يثبت لها الخيار كذلك [١] .

٢٢٥٠٣ - وأما المجنونة إذا أفاقت فالبدل سلم لها بالعقل سلامة كاملة ولم يطرأ عليها ما يغير أملاكها ، وفي مسألتنا لم تملك بدل بضعها بالعقد ، وقد بينا أن لنقص البدل تأثيرًا ، فلعدمه أولى .

٢٢٥٠٤ - وأما البلوغ : فلو بلغت [٢] تحت صغير لم يثبت لها [٣] خيار ، كذلك تحت بالغ ، وفي مسألتنا لو بلغت [٤] تحت عبد ثبت الخيار فكذلك تحت حر [٥] .

٢٢٥٠٥ - قالوا : معاوضة لازمة ، فوجب ألا يثبت فيها خيار الفسخ بعد لزومها من غير عيب ، كالبيع [٦] .

٢٢٥٠٦ - قلنا : قد ثبت الخيار في البيع بالعيب ، وثبت بغيره ، إذا اشترى عبدًا خبازًا فوجده غير خباز لفوات الشرط ، فما قاله لا يصح ، وفي مسألتنا ثبت الخيار لعدم سلامة البدل لها بالعقد ، ونقص البدل يثبت الخيار في البيع بعده [٧] ففي مسألتنا أولى .

٢٢٥٠٧ - أو نقول : إن الخيار يثبت لها ؛ لأنها لم ترض بالتمليك بمنافعها ، وهذا المعنى له مدخل في إثبات الخيار في الابتداء .

٢٢٥٠٨ - ولا يلزم : الصغيرة إذا زوجت ؛ لأن لذلك مدخلا في إثبات الخيار في

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٠/٥) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [تلفت] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [تلفت] .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .
(٦) انظر : المهذب (٦٥/٢) .
(٧) أي : بعد ثبوت الخيار في البيع ، يثبت من باب أولى في مسألتنا . ونجيب عنه بما ذكره الشيرازي في النكت حيث قال : « ثم لو كان الخيار لعدم استحقاق المهر لما ثبت للمكاتبة إذا عتقت ، كما قال زفر ؛ لأنها استحقت المهر » .

الابتداء ، إذا زوجها غير الأب والجد [١] .

٢٢٥٠٩ - قالوا : ثبوت الخيار لأجل المتعاقدين إنما ثبت له لمعنى في غيره ، فأما المعنى في نفسه فلا يثبت له الخيار [٢] .

٢٢٥١٠ - قلنا : لم يثبت الخيار لمعنى فيها ، لكن لأنه ملك عليها بالعقد معنى ازداد ملكه بحريتها فلها أن تختار حتى تدفع تلك الزيادة ، ألا ترى أنه كان يملك عليها تطليقتين ، فإذا أعتقت ملك عليها الثالثة ، وكان لا يملك عليها الرجعة في القرء الثالث ، وبعد العتق يملك ، فثبت الخيار حتى لا يملك عليها ما لم يكن مستحقا من قبل .

٢٢٥١١ - ولأنا بينا أن الخيار يثبت لها لعدم سلامة البدل بالعقد ، وهذا ليس هو المعنى فيها [٣] .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) .

(٢) انظر : اختلاف الفقهاء لأبي جعفر بن جرير الطبري ص ٥٧ ، وحلية العلماء للقفال الشاشي (٢٤/٤) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) . ونجيب عن هذا : بأن ثبوت الخيار لو كان لعدم استحقاق المهر لما ثبت للمكاتبة إذا أعتقت ، كما قال زفر ؛ لأنها استحقت المهر .

مسألة ١٠٨٣

عتق الأمة تحت العبد وهى في عدتها من طلاق رجعي

٢٢٥١٢ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة تحت العبد وهي معتدة من طلاق رجعي فاختارت المقام مع زوجها صح اختيارها ، ولم يثبت لها اختيار بعد الرجعة [1] .

٢٢٥١٣ - وقال الشافعي : لا يصح خيارها ، فإذا راجعها ثبت لها الخيار [2] .

٢٢٥١٤ - لنا : أنها اختارت مع بقاء ملكه عليها ، فصار كما لو [اختارت قبل الطلاق .

٢٢٥١٥ - ولأنه يملك إزالة حكم المدة من غير اختيارها ، فصح اختيارها] [3] كما لو أعتقت تحت مولى ، فاختارت المقام معه [مع مدة الإيلاء [4] .

٢٢٥١٦ - قالوا : جارية في العدة فلم يصح اختيارها المقام معه] [5] ، أصله : إذا قال لها : أنت بائن [6] .

٢٢٥١٧ - قلنا : المعنى فيه أنه طلقها بلفظ أفاد القطع ، فصارت كالمطلقة ثلاثا ، وفي مسألتنا : أوقع لفظا لا يتضمن القطع ، كما لو علق طلاقها بشرط [7] .

٢٢٥١٨ - قالوا : هي جارية إلى بينونة باختيارها المقام ضد صفتها [8] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٩/٢) ، شرح فتح القدير (٤٠٣/٣) ، الاختيار (٥٠/٣) ، وفيه يقول : « وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حر أو عبد فلها الخيار » .

(٢) انظر قول إمامنا الشافعي رحمه الله في : كتابه الأم (٢١٧/٥) ، باب عدة الأمة ، المهذب (٦٦/٢) ، المجموع (٢٩٤/١٦) . ويقول الإمام الشافعي في الأم : « ولو كانت عند عبد فطلقها طلاقًا يملك فيه الرجعة فلم تنقض عدتها حتى عتقت فاختارت فراقه كان ذلك لها ، وكان اختيارها فراقه فسخًا بغير طلاق » وبقول الأحناف قال المالكية والحنابلة : انظر قولهما في الكافي لابن عبد البر (٥٩٢/٢) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤٩٩/٣) ، ط مكتبة النجاح ، طرابلس ليبيا ، المغني (٦٦٥/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٤) انظر : المبسوط (١١٤/٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا : أنها معتدة منه ، فلم يصح اختيارها ، كما لو قال لها أنت بائن » .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٤٠٣/٣) .

(٨) انظر : المهذب (٦٦/٢) .

٢٢٥١٩ – قلنا : يبطل إذا قال لها : إذا هل الهلال فأنت طالق ثلاثا ، ثم أعتقت . ولأن جريانها إلى البينونة لا يمنع بقاء ملكه عليها ، فصح أن تتخير بقاء ذلك الملك وإن جاز أن لا يستدركه الزوج ، كما تختار قبل الطلاق ، وإن جاز أن لا يطلقها [1] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

مسألة ١٠٨٤

نكاح التحليل

٢٢٥٢٠ - قال أصحابنا : إذا قال الرجل : تزوجتك على أنى إذا وطئتك فأنت طالق ، وإذا أحللتك فأنت طالق ، صح النكاح ويقع الطلاق إذا وجد الشرط (١) .

٢٢٥٢١ - وقال الشافعي : النكاح باطل (٢) .

٢٢٥٢٢ - وحكوا عنه أنه إذا قال : تزوجتك على أنى إذا وطئتك فلا نكاح بيننا ، أن النكاح يصح ويبطل الشرط ، وهذا غلط ؛ لأن عند أبي حنيفة قوله : لا نكاح بينى وبينك من ألفاظ الطلاق ، فهو كقوله : على أنى إذا وطئتك فأنت طالق (٣) .

٢٢٥٢٣ - وحكوا عنه : أنه إذا قال : تزوجتك إلى أن أطأك أو إلى أن أحللك ، فالنكاح جائز (٤) .

٢٢٥٢٤ - وهذا غلط ؛ لأن الغاية توقيت ، والنكاح المؤقت لا يصح عندنا .

٢٢٥٢٥ - لنا : أنه نكاح غير مؤقت ، فلم يبطله الشرط ، أصله : إذا قال : تزوجتك

---

(١) انظر قول الأحناف في حاشية ابن عابدين (٣٤٤/٣) ، وتحفة الفقهاء (١٧٥/٢ ١٩٦) ، المبسوط (٩/٦ ، ١٠) ، وفيه يقول : « فإن تزوج بها الثاني على قصد أن يحللها للزوج الأول من غير أن يشترط ذلك في العقد صح النكاح ، ويثبت للأول إذا دخل بها الثاني وفارقها » .

(٢) انظر قول الشافعية في : الأم (٧٩/٥) ، حلية العلماء (٤٠١/٦) ، والمهذب (٦٠/٢) ، يقول القفال الشاشي في حلية العلماء : « وإذا تزوجها على أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، بطل النكاح قولا واحدًا » اهـ . ووجه البطلان : أنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فأشبه نكاح المتعة ، المهذب (٦٠/٢) .

(٣) يدفع هذا الغلط الذي زعمه الأحناف ؛ لأن النكاح في مثل هذه الصورة خلا عن شرط يفسده فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد . انظر : المغني (٦٤٨/٦) .

(٤) وفي أصح القولين يبطل النكاح للعلة التي ذكرها الأحناف ، وهي : أن الغاية توقيت ، وأن النكاح المؤقت لايصح . انظر : حلية العلماء (٣٩٩/٦) . ويرى مالك وأحمد : أن النكاح في مثل هذه الصور باطل قولا واحدا . انظر قولهما في حلية العلماء (٤٠١/٦) ، المغني (٦٤٦/٦) ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٣٣/٢) ، المدونة الكبرى (٢٠٨/٢) ، وسبب اختلاف العلماء في هذه المسألة هو : اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ « لعن اللّه المحلل والمحلل له » فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذي يدل على فساد المنهى عنه ، قال : النكاح فاسد . انظر : بداية المجتهد (٥٧/٢) .

على أن أطلقك متى شئت ، أو على أن لا أطأك [١] .

٢٢٥٢٦ - احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لَعَنَ اللَّهُ المُحلِل والمُحللَ له » [٢] .

٢٢٥٢٧ - قلنا : هذا نهى كراهة بدلالة أنه عم المحلل ، وهذا عام فيمن شرط التحليل ومن اعتقد التحليل ، وكل من اعتقد العموم حمل النهي على الكراهة ولم يحمله على التحريم ، وذلك ترك للظاهر ، ونحن نحمله على من وقَّت العقد ، وذلك زيادة في الظاهر فتساوينا [٣] .

٢٢٥٢٨ - قالوا : نكاح شرط فيه انقطاعه قبل غايته ، فوجب ألا يصح ، كما لو قال : تزوجتك إلى أن أطأك [٤] .

٢٢٥٢٩ - قلنا : المعنى هناك [٥] أنه وقَّتَ العقد ، وتوقيت النكاح يبطله ، وفي مسألتنا لم يوقته ، وإنما شرط انقطاعه بسبب يفيد الانقطاع ، فصار كقوله : تزوجتك على أنك طالق متى طلقتك [٦] .

٢٢٥٣٠ - قالوا : فهذا أيضًا نكاح مؤقت ؛ لأنه لا فرق بين أن يقول : تزوجتك إلى

---

(١) انظر : شرح السنة للبغوي (١٠١/٩) ولا نسلم هذا الدليل ؛ لأن القول ببطلان مثل هذا النكاح هو ظاهر قول الصحابة - رضوان اللَّه عليهم - لقوله ﷺ : « لعن اللَّه المحلل والمحلل له » ولا مخالف لهم ، فكان إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل فلم يصح ، كما لو شرطه . انظر : المغني (٦٤٦/٦) .

(٢) أخرجه الدارمي (١٥٨/٢) ، وأحمد حديث رقم (٤٢٨٣ ، ٤٢٨٤) والنسائي (١٤٩/٦) ، كتاب النكاح باب إحلال المطلقة ثلاثًا ، والبيهقي في سننه الكبرى (٢٠٨/٧) ، وشرح السنة للبغوي (١٠٠/٩) ، وفي سبل السلام (٢١٣/٣) ، وكلهم من حديث عبد اللَّه بن مسعود . وفي الباب عن علي بن أبي طالب ﷺ عند أحمد حديث رقم (٦٦٠ ، ٦٦١) وأبي داود حديث رقم (٢٠٧٦) والترمذي (١١٢٩) وابن ماجه (١٩٣٦م) والبيهقي (٢٠٨/٧) . وعن ابن عباس عند ابن ماجه حديث رقم (١٩٣٤) وعن أبي هريرة عند البيهقي (٢٠٨/٧) .

(٣) لا نسلم أن النهي للكراهة ، بل هو للتحريم ، يقول صاحب سبل السلام : « والحديث دليل تحريم التحليل ؛ لأنه لا يكون اللعن إلا على الفاعل المحرم ، وكل محرم منهى عنه ، والنهى يقتضي فساد العقد ، واللعن وإن كان ذلك للفاعل لكنه علق بوصف يصح أن يكون علة الحكم » اهـ . انظر : سبل السلام (٢١٣/٣) .

(٤) انظر : حلية العلماء للقفال الشاشي (٣٩٩/٦) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) فيصح النكاح عند الأحناف ويبطل الشرط بناء على قاعدتهم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . انظر : المبسوط (١٠٥/٥) . ولكن هذا مخالف للمذهب الشافعي والجمهور ، فالنكاح عندهم على هذا =

أن أطأك وبين أن يقول : على أني إذا وطئتك فأنت طالق [١] .

٢٢٥٣١ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنه إذا ذكر الغاية فلم يعقد على ما بعدها ، وإذا لم يذكر فالعقد يتناول الجميع ، ثم شرط قطع ما يتناوله العقد بالطلاق [٢] .

* * *

= النحو أقبح من النكاح بشرط الخيار ؛ لأن النكاح بشرط الخيار غير ثابت في حال ، وثابت في أخرى . انظر : الأم (٨١/٥) .

(١) انظر : المهذب (٦٠/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (١٠/٥) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن النكاح عندنا يبطل إذا قارنه الشرط الفاسد . انظر : حلية العلماء (٤٠٠/٦) .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة
المُسَمَّاة
التَّجْرِيد

كتاب الصداق

تقدير أقل المهر

٢٢٥٣٢ – قال أصحابنا : أقل المهر ، مقدر بعشرة دراهم

٢٢٥٣٣ – وقال الشافعي : ليس بمقدر ، فما جاز أن يكون بدلا في البيع أو أجرة جاز أن يكون مهرًا (٢) .

---

(١) تعريف الصداق : أولًا : الصداق في اللغة :
الصَّداق والصداق : مهر المرأة وجمعها في أقل العدد أصدقة ، والكثير صدق وهذان البناءان على الغالب .
وقد أصدق المرأة حين تزوجها : جعل لها صداقًا ، أصدقها سمى لها صداقًا ، قال تعالى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .
وهو في اصطلاح فقهاء الحنفية : المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد ، عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء ١٩٨٧م .
وهو عند المالكية : « ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها » .
وعند فقهاء الشافعية : « ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرًا كرضاع أو رجوع شهود . وعند فقهاء الحنابلة كما جاء في المبدع وكشاف القناع : « العوض المسمى في النكاح أو بعده » ..
والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .
أما : الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَـٰفِحِينَ ﴾ [النساء : ٢٤] ، وقال تعالى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .
وأما : السنة فقد روى أنس بن مالك ﷺ أن رسول الله ﷺ رأى عَلَى عَبْد الرحمن بن عوف الردع – مفتوح الأول ساكن الثاني – هو أثر الزعفران ، فقال النبي ﷺ مهيم ؟ فقال يا رسول الله تزوجت امرأة فقال : ما أصدقتها ؟ قال : وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك ، أولم ولو بشاة . أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب الوليمة ولو بشاة . ومعنى قوله « مهيم » : ما شأنك أو ما هذا ؟
وقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح . انظر : اللسان باب الصاد والقاموس المحيط والقاموس الوسيط للغة باب القاف فصل الصاد ، العناية (٣١٦/٣) بهامش فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن محمود اليابرتي ، رد المحتار (١٣٠/٢) لابن عابدين على الدر المختار للشيخ علاء الدين ، الحصكفي ، الشرح الصغير (٢٠٥/٣) مغنى المحتاج (٣٣٤/٦) ، المبدع (١٣٠/٧) ، كشاف القناع (١٢٨/٥) ، مطالب أولي النهى (١٧٣/٥) ، المغنى (٣/٨) ، مغني المحتاج (٢٢٠/٣) .

(٢) انظر : الأم (٦٤/٥)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٥٥/٢) ، روضة الطالبين (٢٤٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٢٠/٣) ، نهاية المحتاج (٣٣٤/٦ ، ٣٣٥) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٢٢٩/٨) ، المبدع (١٣١/٧ - ١٣٢) ، وكشاف القناع (١٢٩/٥) .

٢٢٥٣٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ (١) لَكُم مَّا (٢) وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ (٣) فشرط في الإباحة (٤) أن يبتغيها (٥) بالأموال وهذا لا يطلق على القليل ، ولا على العشرة [لولا قيام] (٦) الدليل .

٢٢٥٣٥ - فإن قيل : قد قال محمد : [إن من أقر لرجل بمال] (٧) وقال : هو درهم ، صدق (٨) فظاهر الآية يقتضي جواز العقد بثلاثة دراهم ، لأنها أموال .

٢٢٥٣٦ - قلنا : الإطلاق لا يتناول ذلك في العادة ، والإقرار لا يحمل على الإطلاق ، وإنما يحمل على المتيقن .

٢٢٥٣٧ - ويدل عليه أيضًا [قوله تعالى] (٩) : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (١٠) والفرض (١١) [يعبر به عن الواجب ، وعن العقد] (١٢) ، فإن حملنا هذا على الواجب ، كان تكرارًا ، لأن الوجوب مستفاد بالأمر ، فلم يبق إلا أن يحمل على التقدير ، فكأنه قال : فأتوهم أجورهن مقدرة (١٣) ....

(١ ، ٢) ساقطة من (ن) . (٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) الإباحة في اللغة : الإظهار والإعلان ، يقال أباح بسره : إذا أظهره ، وترد أيضًا بمعنى الإطلاق والإذن يقال أبحته كذا أي : أطلقته فيه وأذنت له . انظر : اللسان مادة (بوح) والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي باب الياء ط المطبعة الأميرية القاهرة ط السادسة ١٩٢٥م .

(٥) في (ص) : [تبتغا] . (٦) في (ن) ، (ع) : يطلع .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أن من قال لرجل لك على مال] .

(٨) انظر : البناية في شرح الهداية (٧ : ٥٤٢) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (١٠) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(١١) في (ن) : [والفريضة والفرض] .

(١٢) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [يعبر به عن الواجب وعن التقدير ويشهد لذلك ما قاله السرخسي في المبسوط ، قال : « وإليه أشار الله تعالى في قوله : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ [الأحزاب : ٥٠] الآية معناه ما قدرنا فإن الفرض عبارة عن التقدير انظر : المبسوط (٨١/٥) .. كما أن تقدير المصنف للآية يشبه ما أثبتناه فإنه قال : « فكأنه قال فأتوهن أجورهن مقدرة » فدل هذا على أن المراد : التقدير وليس العقد . كما أنهُ ليس من معان الفرض « العقد » ، فإن الفرض في اللغة ينحصر في معان منها : التقدير والتأثير والإلزام والعطية والإنزال والإباحة والكتابة ، والحتم وليس منها العقد . انظر : الصحاح باب الضاد القاموس المحيط باب الضاد .

(١٣) روي ابن عباس وعائشة والقاسم وسالم بن عروة وسعيد بن المسيب أن الآية منسوخةُ فعن عطاء عن أبيه عن ابن عباس في قوله ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم .... ﴾ الآية قال نسختها ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وعن ابن أبي هند عن سعيد بن المسيب قال : نسخت المتعة آية الميراث يعني ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا =

وهذا ضد قول [١] من قال : إن التقدير لا يدخل المهر . ويدل عليه حديث حرام [٢] بن عثمان [٣] عن ابنى جابر [٤] عن جابر [٥] أن النبي ﷺ قال : [لا تنكح [٦] النساء] إلا

= تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ ﴾ . وعلى هذا فلا وجه للاستدلال بها ، انظر : الناسخ والمنسوخ في القرآن (١٢٥،١٢٦) تأليف أبي جعفر بن أحمد بن أحمد بن إسماعيل النحاس تحقيق د/ شعبان إسماعيل ، الناسخ والمنسوخ (١٢٦-١٢٩) لأبي القاسم هبة الله بن سلامة بهامش أسباب النزول للواحدي .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (ن) : [حزام] وفي (ع) : [حزم] .

(٣) هو : حرام بن عثمان الأنصاري المجني روى عن محمد وعبد الرحمن وعن أبيهما جابر ﷺ وعن معمر وغيره . قال مالك : يحيى بن معين ليس بثقة ، وقال الشافعي : الرواية عن حرام حرام . مات سنة ١٨٠هـ . تهذيب التهذيب ٢٢٣/٢ المنتبه (٤٢٣/١) لابن حجر العسقلاني نشر المؤسسة المصرية العامة تحقيق التهذيب (٢٢٣/٢) المنتبه (٤٢٣/١) لابن حجر العسقلاني نشر المؤسسة المصرية العامة تحقيق محمد على النجار ، على محمد البجاوى ، المشتبه في أسماء الرجال أسماؤهم وأنسابهم ج (٢٢٤/٢) لأبي عبد الله محمد بن أحمد عثمان الذهبي .

(٤) هما : محمد وعبد الرحمن . أما محمد فهو محمد بن جابر بن عبد الله الأنصاري ، روى عن أبيه وعنه ابناه جابر ويحيى وحرام بن عثمان وطالب بن حبيب ومحمد بن كليب وغيرهم ، قال ابن سعد في روايته ضعف وليس يحتج به . مات سنة (٢٦٥) هـ . انظر : في الجرح والتعديل (٢١٩/٧) لابن أبي حاتم ، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٣٨٧/٢) لأحمد بن عبد الله الخزرجي نشر مكتبة القاهرة - تحقيق محمود عبد الوهاب ، وذيل الكاشف ص (٢٤٥) لأحمد بن عبد الرحيم العراقي تحقيق بوران الضناوي . أما الثاني فهو : عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله الأنصاري روى عن أبيه وأبي بردة ، وعنه سليمان بن يسار ومسلم بن أبي مريم وعبد الله بن محمد وغيرهم ، قال العجلي والنسائي ثقة . انظر : ميزان الاعتدال (٣٥٣/٢) لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق محمد علي البجاوي ، والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢٢٠/٥) ، التعديل والتجريح لمن خرج له البخاري في الجامع الصحيح (٨٦١/٢،٨٦٢) لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي خلاصة تهذيب الكمال (١٢٨/٢) .

(٥) هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام ... السلمي روى عن النبي ﷺ ، وأبي بكر الصديق وعمر ، وعلي وفاطمة ، ومعاذ بن جبل وخالد بن الوليد ، وغيرهم وروى عنه ابناه محمد وعبد الرحمن وأبو الزبير وعمرو بن دينار وغيرهم ، شهد العقبة ولم يشهد بدرا ولا أحدًا . كان من المكثرين للحديث ، وكان حافظًا للسنة . غزا مع رسول الله ﷺ تسع عشرة غزوة ، مات سنة (٧٤) هـ . انظر : الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٢١٩/١-٢٢٠) لأبي عمر يوسف بن عبد الله البرط مكتبة نهضة مصر تحقيق على محمد البجاوي ، أسد الغابة في معرفة الصحابة (٣٠٧/٢) لأبي الحسن علي بن محمد بن الأثير تحقيق محمد إبراهيم ، محمد أحمد عاشور ، محمد عبد الوهاب ، الإصابة في تمييز الصحابة (٤٣٤/١-٤٣٥) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ط دار نهضة مصر ، الاستبصار في نسب الصحابة من الأنصار (١٥١-١٥٢) للإمام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي .

(٦) في (ن) ، (ع) : [لا تنكح النساء] .

من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم [١] رواه عمرو بن دينار [٢] ، عن جابر [٣] إلا أن هذا الحديث غير معتمد على طريق أصحاب الحديث ، لأن حرام بن عثمان ضعيف ، وحديث عمر وبن دينار [٤] رواه مبشر بن عبيد [٥] عن الحجاج بن أرطاة [٦] ومبشر ضعيف عندهم [٧] . والمعتمد من الأثر : ما روى الشعبي [٨]

---

(١) الحديث بهذا الإسناد أورده ابن حزم في المحلى (٩٩/١١) .

(٢) هو : عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم ، شيخ الحرم في زمانه ، ولد في إمرة معاوية سنة خمس أو ست وأربعين ، سمع ابن عباس وجابر بن عبد الله وابن عمر وأنسًا وغيرهم من الصحابة ، وسمع منه قتادة والزهري وجعفر الصادق ومحمد بن مسلم وسليمان بن كثير وغيرهم ، قال شعبة : ما رأيت في الحديث أثبت من عمرو ، وقال ابن عيينة : ثقة . قال الذهبي مات في أول سنة ست وعشرين ومائة . وقال أحمد : مات في سنة خمس أو ست وعشرين ومائة انظر : تهذيب التهذيب (٢٨/٨-٣٠) ، والثقات (١٦٧/٥) لأبي حاتم محمد بن حيان التميمي تذكرة الحفاظ (١١٣/١- ١١٤) للإمام أبو عبد الله شمس الدين الذهبي ، والجرح والتعديل(٢٣١/٦) ، وخلاصة تهذيب الكمال (٢٨٤/٢) وميزان الاعتدال (٢٦٠/٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٥/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٤٠/٧) .

(٤) انظر : المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٦٩/١) للإمام محمد بن حيان التميمى تحقيق : محمود إبراهيم .

(٥) هو : مبشر بن عبيد القرشي أبو حفص الكوفي الأصل . روى عن زيد بن أسلم وقتادة والزهري وحميد الطويل وغيرهم ، وروى عنه بقية بن الوليد ومحمد بن شعيب وأبو المغيرة وغيرهم ، قال الجرجاني : قال أحمد ابن حنبل شغله القرآن عن الحديث ، وقال ابن عدي : هو بين الأمر في الضعف وعامة ما يرويه غير محفوظ من حديث الكوفة وشيوخ البصرة مات سنة ١٨٦ هـ انظر : لسان الميزان ج (٤٣٣/٣) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٣٠/٣، ٣١) ، التاريخ الكبير (١١/٤) للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، الكامل في ضعفاء الرجال (٤١٧/٦) ، المغني في الضعفاء (١٤٣/٢) للإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ط دار إحياء التراث الإسلامي قطر - تحقيق د / نور الدين عتر .

(٦) هو : الحجاج بن أرطاة النخعي من أهل الكوفة . روى عن : عطاء ، وعمرو بن دينار والشعبي وأبي الزبير وغيرهم ، وروى عنه : الثوري ، وهشيم ، وشعبة وحفص بن غياث ، قال النسائي : كوفي ليس بالقوى مات سنة ١٤٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٦/٢ ١٩٨) ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٢٥/١ - ٢٢٨) ، الكامل في ضعفاء الرجال (٦٤١/٢-٦٤٦) ، الضعفاء والمتروكين (١٩١/١، ١٩٢) للإمام عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ط دار الكتب العلمية بيروت أولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ تحقيق : عبد الله القاضي .

(٧) انظر : المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٣٠/٣، ٣١) الكامل في ضعفاء الرجال (٤١٧/٦) .

(٨) هو : الإمام عامر بن شراحيل بن عبد الله الشعبي من شِعْب همدان بالكوفة ، ولد سنة عشرين روى عن الحسن ، والحسين وعبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله وعدي بن حاتم وغيرهم . وروى عنه ابن عون وابن حيان وسماك بن حرب وغيرهم . قال يحيى بن معين : إذا حدث الشعبي عن رجل فسماه فهو ثقة يحتج به ، =

والضحاك [١] عن علي ﷺ قال : « أقل ما يكون المهر عشرة دراهم » [٢] وهذا المقدار لا يدل القياس عليه ، فإذا قاله الصحابي حمل على التوقيف [٣] .

٢٢٥٣٨ - فإن قيل [٤] : روى عن علي ﷺ أنه قال : لا مهر أقل من خمسة دراهم [٥] قلنا : نحمل هذا أيضًا على التوقيف ، فكأنه روى الأمرين عن النبي ﷺ ، فالزايد أولى ، أو نقول : إن الخبر دل أنه لا مهر أقل من خمسة دراهم ، ولأن كل واحد من الخبرين قد دل على التقدير ، وهو خلاف قولهم [٦] . ولأنها استباحة يقف استيفاؤها على مال ، فوجب أن يكون أقل ذلك المال مقدرًا [٧] أصله : القطع في السرقة . وإن شئت

= وقال مكحول : ما رأيت أحدًا أفقه من الشعبي . مات سنة (١٠٩) هـ انظر : الثقات لابن حيان (١٨٥/٥،١٨٦) ، الجرح والتعديل (٣٢٢/٦،٣٢٤) ، تذكرة الحفاظ (٧٩/١،٨٨) للإمام شمس الدين محمد الذهبي ، تهذيب التهذيب (٦٥/٥-٦٩) رجال صحيح البخاري (٥٥٦/٢) للإمام أحمد بن محمد بن الحسين الكلاباذي تحقيق عبد اللّٰه الليثي .

(١) هو : الضحاك بن مزاحم الهلالي أبو القاسم روى عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وزيد بن أرقم وأنس بن مالك وغيرهم ، وقيل لم يثبت له سماع عن أحد من الصحابة ، وروى عنه جويبر بن سعيد والحسن ابن يحيى وحكم بن الديلم ومقاتل بن حيان وغيرهم . قال ابن معين وأبو زرعة : ثقة ، وقال أحمد : ثقة مأمون مات سنة ١٠٦ هـ . انظر تهذيب التهذيب ج (٤٥٣/٤،٤٥٤) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٩١/٣ - ٢٩٧) يوسف البزى تحقيق د / بشار عواد ، وذكر أسماء التابعين (٢٦٧/١) للحافظ علي بن عمر الدارقطني تحقيق بوران الصناوي .

(٢) أخرجه بلفظه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٥/٣) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٤٠/٧،٢٤١) ، وأخرجه العقيلي في كتاب الضعفاء الكبير (١٤١/٢) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه باب غلاء الصداق (١٧٩/٦) .

(٣) انظر : هذا الاستدلال في المبسوط (٨١/٦) . وقد بان أن هذه الرواية مرسلة ؛ لأن الشعبي لم يسمع من علي شيئًا . وقد ثبت عن النبي ﷺ خلاف هذا مثل حديث خاتم الحديد ، وحديث نواة الذهب وغيره ، انظر : الأم (١٧٠/٥-١٧٢) المحلى (٩٩/١١) ، معرفة السنن والآثار (٢١٧/١٠،٢١٩) .

(٤) أي أن المخالف يحتج على رواية الإمام علي بأن أقل المهر عشرة دراهم بأنه قد روي عن الأمام علي بأن أقله خمسة دراهم . انظر : معرفة السنن والآثار (٢١٨/١٠) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب المهر (٢٤٦/٣) . البيهقي في معرفة السنن والآثار باب المهر (٢١٨/١٠) .

(٦) أ - هذه الرواية أيضًا ضعيفة ، فإن فيه الحسن بن دينار وقيل الحسن بن واصل قال البخاري تركه عبد الرحمن بن مهدي وابن المبارك ووكيع . ب أن في الحديث أيضًا عبد الصمد الفضل له حديث يستنكر . انظر : معرفة السنن والآثار (٢١٨/١٠) ، والتعليق المغني (٢٤٦/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [مقدر] .

قلت : كل جارحة لا تستباح إلا بمال كان ذلك / المال مقدرا [١] . كالمال الذي يقطع به السارق [٢] . ٢٥٢/أ

٢٢٥٣٩ - فإن قيل : لا نسلم أن استباحة [٣] البضع تقف على المال ، لأنه يجوز عندنا بتعليم القرآن . ويجوز على الأصليين بخدمة العبد [٤] .

٢٢٥٤٠ - قلنا : فالمانع عندكم مال ، وعندنا لابد أن تكون المنفعة بتسليمها تسليم [٥] مال [٦] .

٢٢٥٤١ - فإن قيل : القطع ليس بمباح ، وإنما هو واجب .

٢٢٥٤٢ - قلنا ليس نريد [ما ظنوه] [٧] ، وإنما نريد جواز الإقدام .

٢٢٥٤٣ - قالوا : يبطل بشرى الأمة [٨] .

٢٢٥٤٤ - قلنا : هناك المال في مقابلة الملك ، والبضع يستباح [٩] بحكم [١٠] الملك ، لا بالمال .

٢٢٥٤٥ - فإن قيل : استباحة البضع لا تقف [١١] على المال عندنا ؛ لأنه لو تزوجها على أنه لا مهر لها ، ثبتت الاستباحة ، فإن ماتت [١٢] لم تستحق المهر [١٣] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [مقدرا] .

(٢) قال في المبسوط : « وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق ، لأنه يستباح به مالا يستباح بالبدل ، فكذلك الصداق ، » انظر : المبسوط (٨١/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٦/٢) ، فتح القدير مع العناية والهداية (٣١٩/٣، ٣٢٠) .

(٣) في (ن) : [الاستباحة] .

(٤) وهذه بناء على أصل الشافعي : أن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح تسميته مهرًا انظر : الأم (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [تسلم] .

(٦) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي [٢٠٧/١] للإمام أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني .

(٧) في (ن) ، (ع) : [طعنوه] .

(٨) اعتراض للمخالف بأن البضع يستباح بغير مال كتسري الأمة .

(٩) في (ع) : [مستباح] .

(١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [مات] .

(١٣) وهو أحد القولين عند الشافعي في المفوضة إذا تزوجها على أن لا مهر لها - . انظر : نهاية المحتاج (٣٤٧/٦) ، روضة الطالبين ج (٢٧٩/٧) .

٢٢٥٤٦ – قلنا : استيفاء المنفعة يقف [١] على المال باتفاق [٢] ، ونحن اعتبرنا الاستيفاء ، لا الملك .

٢٢٥٤٧ – فإن قيل : القطع لا يتعلق بكل مال ، فلم يتعلق بكل مقدار ، والمهر يجوز أن يكون بكل مال ، فجاز أن يكون بكل مقدار [٣] .

٢٢٥٤٨ – قلنا : عندكم القطع يتعلق بسرقة كل الأموال [٤] حتى إن القطع وضع لصيانة الأموال ، فاعتبر المال المقصود بالأخذ ، وفي مسألتنا المقصود الملك ، فكل الأموال في الملك سواء ، ولأن القطع يسقط بالشبهة [٥] ، وفي بعض الأموال شبهة ، والمهر [٦] لا يسقط بالشبهة فيتعلق بكل مال [٧] .

٢٢٥٤٩ – فإن قيل : المعنى في القطع [٨] أن المستباح يتقدر بالمال بتقدر الاستباحة وفي النكاح لا يتقدر ، كذلك المال لا يتقدر [٩] .

٢٢٥٥٠ – قلنا : الفرق بينهما في العضو الذي يقطع أن ذلك مقدر ، لا يتجاوزه القطع إلى غيره ، والاستباحة التي يعاوض عليها مقدرة ، لأن العوض عن استباحة [١٠] الفرج ، دون غيره .

٢٢٥٥١ – فإن قيل : القطع يجوز أن يستوفى في مقابلة العشرة ، [ويجوز استيفاء عضوين في قطع الطريق] [١١] [وكذلك يجوز أن يستباح في النكاح] [١٢]

---

(١) في (ن) : [تقف] .
(٢) انظر : البناية (٢١٢/٤) ، الحاوي ١٣٨ .
(٣) اعتراض للمخالف بأن القطع لا يتعلق بكل مال ، ولهذا لا يقطع في التافه والمهر يتعلق بكل مال فيجوز بالقدر التافه .
(٤) هذا إذا بلغ المال المسروق نصابًا ، والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار . انظر : المهذب (٢٧٧/٢) .
(٥) انظر : الاختيار (٢٩٣/٣) ، الهداية (١١٩/٢) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأمر] .
(٧) انظر : البحر الرائق (١٨٢/٣، ١٨٣) .
(٨) ساقطة من (م) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه في الهامش . اعتراض للمخالف بأن عقد النكاح لا يختص باستباحة عضو بل يستباح به جميع البدن ولذا المال فيه لا يتقدر لأن الاستباحة فيه غير مقدرة بخلاف القطع في السرقة فإن المال فيه يتقدر بتقدر الاستباحة . انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣ ، ١٠٤) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [الاستباحة] .
(١١) في (ن) (ع) : [عضوان في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

[بضعان] (١) بعشرة (٢) .

٢٢٥٥٢ - قلنا : [لا يستباح في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] (٣) ، كذلك [لا يستباح في النكاح عضوان من امرأتين بعشرة] (٤) ، ولأن الأقل من هذا [القدر] (٥) لا يجوز أن يكون مهرًا للصغيرة إذا زوجها أبوها ، فلم يجز أن يكون مهرًا للكبيرة . أصله : الخمر والخنزير (٦) .

٢٢٥٥٣ - ولأنه نكاح سمى فيه أقل من عشرة دراهم ، فلم يكن المسمى مهرًا بنفسه . أصله : الأب إذا زوج الصغيرة ، ومهرها أكثر من ذلك ، (٧) .

٢٢٥٥٤ - ولأن ما لا يتقدر به النصاب في السرقة ، لا يجوز أن يكون مهرًا . أصله :ما لا قيمة له (٨) . ولأنه أحد التسميتين في النكاح ، فجاز أن يدخله التقدير . أصله : عدد المنكوحات .

٢٢٥٥٥ - فإن عكسوا فقالوا : فوجب أن لا يتقدر بعشرة لم يصح ، لأنهم لا يحتاجون إلى قولهم في عقد النكاح ، ولو قال : في عقد صح . ولأننا دللنا على التقدير والكلام في تعيين التقدير مسألة أخرى ، فلا معنى للعكس فيها .

٢٢٥٥٦ - ولأن النكاح يجب اعتبار المهر فيه لحق اللّٰه تعالى ، وجب أن يتقدر، كالشهادة (٩) . والدليل على أن ثبوت المهر ابتداء حق اللّٰه تعالى أنهما لو تراضيا على

---

(١) مزيدة قد يقتضيها السياق .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [مكررة] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يستباح في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] وهو خطاء .
(٥) في (ن) ، (ع) : [المقدر] ، وفي غيرهما : « القدر » ، وقد زدنا عبارة « الأقل من هذا » لضرورة المعنى .
(٦) قال في بدائع الصنائع في تقدير أقل المهر : « إذا تزوج المسلم المسلمة على خمر أو خنزير لم تصح التسمية ، لأن الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهرًا ، ولها مهر المثل » . انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) وما لا يصح أن يكون مهرًا للصغيرة إذا زوجها أبوها فكذا الكبيرة وهو قياس المصنف .
(٧) في (ن) ، (ع) : [ملك] وهو تحريف . انظر . الجامع الصغير ص ١٢٧ الهداية (٢٠٢/١٠) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٦٧/٧) ، الاختيار (١٠٣/٤)
(٩) وقد رد الشافعية القياس على الشهادة بأن المعنى فيها أنها من شروط العقد ، فتقدرت كما تقدرت بالزوج والولي ، وليس كالمهر الذي هو من أعواض المراضاة ، ولو تقدر لخرج أن يكون مراضاة ، ولأن الشهادة تراد لحفظ النسب . انظر : الحاوي للماوردي ١٠٢ .

إسقاطه وجب ، ولو كان حقًّا لهما لم يجب مع التراضي بسقوطه [1] فإن قيل : لو كان كذلك لم يجز أن تهبه بعد التسمي قلنا : حق اللّٰه في ثبوته ابتداء ، وهبتها لا تسقط ثبوته في الابتداء .

٢٢٥٥٧ - قالوا : البيع لا يصح إلا ببدل ، ولو اصطلحا على إسقاطه ابتداء لم يصح ، وليس بحق اللّٰه تعالى [2] .

٢٢٥٥٨ - قلنا : المملوك بالبيع يصح أن يملك بغير عوض ، والمملوك بالنكاح لا يصح أن يستبيحه المسلم منفردًا إلا بعوض ، [3] و لأن [4] البيع إذا اتفقا على إسقاط العوض لم يصح [5] ، فعلم أن إسقاط العوض ليس لحق اللّٰه تعالى ، لكن لفساد العوض ، والنكاح يصح مع شرط إسقاط العوض [6] ولا يسقط [7] العوض ، فدل على أنه لم يسقط ، ليس لأجل العبد [8] ؛ لكن لحق اللّٰه تعالى ، وإذا ثبت أن في المهر حقًّا للّٰه تعالى وجب أن يدخله التقدير ، كنصاب الزكاة ، والقطع . [9].

٢٢٥٥٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [10] .

٢٢٥٦٠ - قالوا : ظاهره يقتضي أنه إذا تزوجها على خمسة ، ثم طلقها وجب لها نصفها [11] وعندكم [يجب جميعها] [12] .

٢٢٥٦١ - قلنا : قال [13] ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [14] وذلك لا يقال في القليل ، وإنما يقال في الكثير في العادة ، ولأنه

---

(١) انظر : المبسوط (٨١/٥) . الاختيار (٣/ ٣٨) .

(٢) انظر: الحاوي للماوردي ص ٧٨ .

(٣) انظر الاختيار (٣٨/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ولا] .

(٥) قال صاحب البدائع : « فأما إذا نفاه صريحًا بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن ، أو بلا ثمن فقال المشتري : اشتريت ، اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : البيع فاسد ، لأن قوله بلا ثمن باطل ، لأن البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرًا للبدل . انظر : بدائع الصنائع (١٨٣/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٨) انظر : المبسوط (٦٢/٥) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، الهداية (٢٠٥/١) .

(٩) انظر : هذا الاستدلال في المبسوط (٨١/٥) ، الاختيار (٣٨/٣) ، العناية (٣١٩/٣) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(١١) في (ن) ، (ع) : يضعها .

(١٢) في (ن) (ع) : [تجب جميعًا] . انظر الأم (٦٤/٥) ، الحاوي (٩٣،٩٤) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

ذكر في الفريضة التي قدرها الزوج ، وذكر في الآية الأخرى ما دل على أنها تختص [١] به في نفسها ؛ لأنه قال ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾ [٢] والذي يقف على تراخيهما بعد الفريضة ، هو الزيادة ، لأن النقصان يتعلق باختيار المرأة ، ولا يقف على تراضيهما ، فدل على أن الذي يقف على تراضي الزوجين ، هو ما بعد الفريضة المقدرة بالشرع .

٢٢٥٦٢ – قالوا [٣] : روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : أدوا العلائق [٤] قيل : يا رسول الله ، وما العلائق ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون [٥] .

٢٢٥٦٣ – قلنا : إطلاق العلائق لا يتناول الشيء اليسير ، وإنما يتناول الكثير في العادة ، وكذلك تراضي الأهل في العادة لا يقع باليسير فوجب حمل اللفظ على المعتاد .

٢٢٥٦٤ – قالوا [٦] : روي أن النبي ﷺقال : من استحل بدرهمين فقد استحل [٧] معناه : فقد استحل بدرهمين [٨] .

٢٢٥٦٥ – قلنا : هذا يفيد وقوع الاستحلال ، وإن سمى في العقد درهمين . وكذلك نقول : إن الحل قد وقع ، إلا أنه يجب لها تمام عشرة دراهم ، والخبر لا ينافى إيجاب الزيادة ، وقوله : معناه استحل بدرهمين خطأ ؛ لأن الحل لا يقع بدرهمين ، ولا بعشرة ، وإنما يقع بالعقد [٩] وإن لم يذكر عوضًا [١٠] [وإن ذكر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [لا تختص] . (٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٦٤/٥) ، النكت ورقة ٢١ ، الحاوي للماوردي (٩٤،٩٥) ، معرفة السنن والآثار (٢١٣/١٠) .

(٤) العلائق : جمع علاقة وهي المهر تقع به العلقة بين الزوجين . انظر : طلبة الطلبة (٩٥) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل باب المهر ص ٢٤ ، سنن الدارقطني (٢٤٢/٣-٢٤٤) البيهقي في السنن الكبرى :باب ما يجوز أن يكون مهرًا ، ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٣٩/١٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٨٦/٤) . (٦) في (ع) : [قال] .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٨/٧) – والجوهر النقي في التعليق على السنن الكبرى (٢٣٨/٧) وابن أبي شيبة في المصنف (١٨٩/٤) ، أبو يعلى في المسند (٢٤١/٢،٢٤٢) وأورده ابن حجر تفي المطالب العالية بزوائد : إسناده ضعيف (٢٨١/٤) .

(٨) انظر الأم للشافعي (٦٤/٥) ، النكت ورقة ٢١٠ ، الحاوي للماودي ٢١٠ ، معرفة السنن والآثار (٢١٣/١٠) . (٩) ساقطة من (ن) ، (ع)

(١٠) قال في البدائع : « لا خلاف أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيسه ، لقوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ الآية رفع الله الحرج عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه ، والطلاق لا يكون إلا بعد =

عوضًا] فاسدًا [1] فكيف يقول النبي [2] ﷺ استحل بدرهمين ، والحل لا يقع بالعوض ، وإنما أراد النبي [3] ﷺ أن الدرهمين - وإن لم يكونا مهرًا - فالحل واقع ليبين الفرق بين النكاح ، وبين [4] العقود التي تقف صحتها على صحة عوضها .

٢٢٥٦٦ - قالوا : روى العبدىّ [5] عن أبي سعيد الخدري [6] أن النبي ﷺ قال : لا جناح على امرئ [أن يصدق امرأة قليلًا ، أو كثيرًا] [7] إذا أشهد ، وتراضوا [8] .

٢٢٥٦٧ - قالوا [9] : [روى بغير] إسناد أنه قال : في المهر جائز قليله وكثيره .

٢٢٥٦٨ - قلنا : هذا الخبر رواه إسماعيل بن عياد [10] عن برد [11] عن أبي هارون

= نكاح ، فدل على جواز النكاح بلا تسميةً . انظر : بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(٣ ، ٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) هو : عمارة بن جوين أبو هارون العبدي البصري روى عن أبي سعيد الخدري وابن عمر وروى عنه عبد الله بن عون والحكم بن عبدة وخالد بن دينار وغيرهم ، قال البخاري : تركه يحيى القطان وقال أبو حاتم : ضعيف . مات سنة ١٣٤ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٦١/٧) ، ميزان الاعتدال (١٧٣/٣،١٧٤) ، الضعفاء الكبير ٣٣٣/٣،٣٣٤) الضعفاء الصغير ص ٩٠ للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، أحوال الرجال ٩٧ - للجرجاني .

(٦) هو : سعد بن مال بن سيبان .. الخزرجي من مشاهير الصحابة وفضلائهم والمكثرين للرواية عن النبي ﷺ روى عنه من الصحابة جابر بن عبد الله ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وأنس ، وابن عمرو وغيرهم ، ومن التابعين سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، وأبو سلمة ، ومجاهد وآخرون . أول مشاهده الخندق ، وغزا مع رسول الله ﷺ اثنتي عشرة غزوة ، قال حنظلة بن أبي سفيان عن أشياخه : كان من أفقه أحداث الصحابة ، وقال الخطيب : كان من أفقه أحداث الصحابة ، وقال الخطيب : كان من أفاضل الصحابة ، حفظ حديثًا كثيرًا . مات سنة ٦٥ هـ انظر : الإصابة (٧٨/٣-٨٠) أسد الغابة (٣٦٥/٢) الاستيعاب (٦٠٢/٢) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أن يتصدق قليلًا أو كثيرا] .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٩/٧) - والدارقطني في سننه - باب المهر (٢٤٤/٣) وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) هو : إسماعيل بن عباس بن سليم العبسي ولد عام ١٠٦ هـ ، روى عن الحجاج بن أرطاة وحرام بن عثمان وصالح بن كيسان وزيد بن أسلم وموسى بن عقبة وغيرهم ، وروى عنه بقية بن الوليد وشجاع بن مخلد ، وغسان بن الربيع ، وأبو عبيد وغيرهم . قال البخاري : إذا حدث عن أهل بلده فصحيح ، وإذا حدث عن غير أهل بلده ففيه نظر ، مات سنة ١٨١ هـ انظر :ميزان الكمال (١٦٣/٣) ميزان الاعتدال (٢٤٠/١ ، ٢٤٤) ..

(١١) ساقطة من (م) . هو : برد بن سنان أبو العلا الدمشقي ، روى عن مكحول وعطاء عن واثلة وروى عنه ، السفيانان وبشر بن المفضل وعلي بن عاصم ، وثقه النسائي وابن معين وضعفه ابن المدينى . مات سنة ١٣٥هـ . =

العبدي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : لا يضر أحدكم بقليل من المال تزوج ، أو بكثيره إذا أشهد [١] ، [ورواه شريك [٢] ، عن أبي هارون العبديُ عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال . ليس على الرجل جناح ، أن يتزوج بماله بقليل ، أو بكثير ، إذا أشهد] [٣] وإسماعيل بن عياش ، وشريك قد طعن الدراقطني عليهما جميعًا في كتابه ، خالفنا يرجع إلى قوله في الجرح والتعديل ، وذكر ابن المنذر [٤] . وابن[٥] خزيمة [٦] أنه : لا يصح في الشهادة حديث عن النبي ﷺ [٧] وهم يرجعون إلى كل واحد من هؤلاء ؛ ولأنا نقول به : أنه لا يضره بقليل أو بكثير تزوج ، إذ العقد يصح في كلا [٨] الوجهين .

٢٢٥٦٩ – قالوا [٩] : روى قتادة [١٠] ، ....

= انظر : ميزان الاعتدال (٣٠٣،٣٠٢/٣) ، والجرح والتعديل (٤٢٢/٢) ، وخلاصة تهذيب الكمال .

(١) أخرجه الدارقطني من هذا الوجه في سننه ، باب المهر (٢٤٣/٣)

(٢) هو : شريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي روى عن زياد بن علاقة ، وسلمة بن كهيل وسماك وغيرهم ، وروى عنه هيثم وعباد بن العوام ، وابن المبارك ، وعلي بن حجر وغيرهم قال ابن معين . ثقة يغلط ، مات سنة ١٧١هـ تهذيب الكمال (٤٦٢/١٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٣/٤) معرفة الرجال (١٥٣،١١٨،٨٨) يحيى بن معين .

(٣) عند الدارقطني باب في المهر (٢٤٣/٣) . ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) هو : الحافظ أبو بكر محمد إبراهيم بن المنذر النيسابوري . روى عن الربيع بن سليمان ومحمد بن إسماعيل ، ومحمد بن ميمون ومحمد بن عبد الله وعلي بن عبد العزيز وغيرهم وروى عنه أبو بكر بن المقرئ ومحمد بن يحيى والحسن بن علي بن شعبان وغيرهم ، قال النووي : له من التحقيق في كتبه مالا يقاربه فيه أحد ، وهو في النهاية من التمكن من معرفة الحديث ، وله اختيار لايتقيد فيه بمذهب بعينه ، بل يدور مع ظهور الدليل . وقال أبو إسحاق : صنف في اختلاف العلماء كتبًا لم يصنف أحد مثلها واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف منها :الإجماع ، الإشراف على مذاهب أهل العلم ، والأوسط وغيرها من التصانيف . مات سنة ٣١٨ هـ . انظر : الاعتدال (٤٥١،٤٥٠/٣) ، لسان الميزان (٢٨٠،٢٧٠/٥) ، طبقات السيوطي ٣٢٨ .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) هو محمد بن إسحاق بن خزيمة .. السلمي النيسابوري روى عن إسحاق وعلى بن حجر وأحمد ابن منيع ، وموسى بن سهل ، ومحمد بن حرب وغيرهم ، وروى عنه البخاري ، ومسلم – في غير صحيحه – قال الدارقطني : كان إمامًا ثبتًا معدوم النظير ، له من المصنفات مايزيد على مائة وأربعين كتابًا ، مات سنة ٣١١هـ. انظر الثقات لابن حيان (١٥٦/٩) طبقات السبوكي ٣١٠ ، تذكرة الحفاظ (١١٧/٣) .

(٧) انظر : المغني (٤٥١/٦) .

(٨) في (م) (ن) (ع) : [كل] ، وفي غيرها : « الكلام » ، وما أثبتناه هو المقصود .

(٩) انظر الحاوي للماوردي ٩٩ .

(١٠) هو : قتادة بن دعامة السدوس أبو الخطاب البصري ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وابن =

عن أنس [١] قال : تزوج عبد الرحمن بن عوف [٢] امرأة من الأنصار ،على وزن نواة [٣] من الذهب ، قومت بثلاثة دراهم [٤].

٢٢٥٧٠ - قلنا : هذا كلام من لا يعرف الأخبار ، لأن نواة الذهب [٥] ، وزن خمسة دراهم ، وقد ذكر ذلك أبو داود [٦] ، وهو أمر مشهور ، فكيف يقوم ذلك بثلاثة

= سيرين وزرارة بن أبي أوفى والحسن وغيرهم ، وعنه أيوب وحميد الطويل والأوزاعي وشعبة وغيرهم . قال ابن المسيب ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة . وقال ابن سيرين قتادة أحفظ الناس . مان سنة ١١٧ هـ . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٥/٣) ، خلاصة تهذيب الكمال (ج٢/٣٥٠) ، ورجال صحيح مسلم (ج٢/٢١٥) .

(١) هو : أنس بن مالك بن النضر ... بن عدي بن النجار الأنصاري الخزرجي أمه سلمى بنت عمرو روى عن النبي ﷺ وعنه ابن سيرين وحمد الطويل وثابت الباني وقتادة والحسن البصري والزهري وخلق كثير . مات سنة إحدى وتسعين وهو آخر من توفى من الصحابة بالبصرة له ترجمة في الاستيعاب (١٠٨/١) ، أسد الغابة (١٥١/١-١٥٢) ، الإصابة (١٢٦/١) .

(٢) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف .... بن لؤي أبو محمد روى عن النبي ﷺوعن ابن عباس وأنس بن مالك ، وعنه إبراهيم وحميد وأبو سلمة وطائفة سواهم ، هاجر الهجرتين وشهد بدرًا وسائر المشاهد، شهد له النبي ﷺ بالجنة وأحد الستة من أهل الشورى ، وأحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام . مات سنة ٣٢ هـ على الأشهر .

انظر : الإصابة (٣٤٦/١-٣٥٠) الاستيعاب (٨٤٤/٢-٨٥٠) . أسد الغابة (٤٨٠/٣-٤٨٥) .

(٣) النوى - حب التمر وغيره والواحدة نواة ، ومنها قول بعضهم كان الدرهم على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر ﷺ على هيئة النواة المفقودة - المغرب ٤٧١ باب النون .

(٤) أخرجه البخاري باب كيف يدعى للمتزوج (٥م/١٩٧٩)صحيح مسلم باب الصداق (١٠٤٢/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يجوز أن يكون مهرًا .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) هو : الحافظ سليمان بن الأشعث بن شداد ... أبو داود السجستاني روى عن محمد بن كثير ومسلم ابن إبراهيم وسليمان بن عبد الرحمن وصفوان بن صالح وغيرهم ، وروى عنه : أحمد بن إبراهيم ، وأبو عمرو أحمد بن علي وأحمد بن محمد بن زياد ، وإسحاق بن موسى ، وأحمد بن سليمان وغيرهم . قال أبو بكر الخلال : هو الإمام المقدم في زمانه رجل لم يسبق إلى معرفته بتخريج العلوم وقال أحمد بن محمد الهروي كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلمه وعلله ، وسنده في أعلى درجة مع التنسك . مات سنة ٢٧٥ هـ .انظر : تهذيب التهذيب (١٦٩/٤-١٧٣) ، تذكرة الحفاظ (٥٩١,٥٩٣/٢) ، الجرح والتعديل (١٠١/٤،١٠٢) تقريب التهذيب ج (٣٢١/١) للإمام ابن حجر العسقلاني .

روى أبو داود في سننه عن أنس ﷺ أن رسول الله ﷺ رأى عبد الرحمن بن عوف وعليه ردع من زعفران فقال النبي ﷺ مهيم ؟ فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، قال ما أصدقتها قال وزن نواة من ذهب ، قال : أولم ولو بشاة . وقد جاء ذكر الحديث ولم يتعرض فيه إلى قيمة النواة ، ولعل مراد المصنف أن الذي ذكر قيمة النواة خمسة دراهم هو البيهقي ، ففي السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا عن أنس بن مالك ﷺ أن =

دراهم ؟ (١) .

٢٢٥٧١ – قالوا (٢) : روى [أبو الزبير] (٣) ، عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : من أعطى في نكاح ملء كفه من دقيق ، أو سويق ، أو طعام ، فقد استحل (٤) وفي لفظ آخر : كانت به حلالًا (٥) وفي لفظ آخر كان لها صداقًا (٦) .

٢٢٥٧٢ – قلنا : وقوع الحل مجمع عليه ، وإن سمى ما لا يصلح أن يكون مهرًا ، كما يقع الحل وإن سمى مهرًا فاسدًا (٧) ، على أن (٨) النكاح كان يجوز في ابتداء الإسلام بغير بدل ، وببدل ليس بمال ، إلى أن حرم الله تعالى الشغار (٩) ، فنسخ ذلك ،

= عبد الرحمن بن عوف تزوج امرأة من الأنصار على وزن نواة من ذهب قومت بخمسة دراهم . قال البيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٧/٧) .

(١) اختلف العلماء في قيمة وزن نواة الذهب فالذي جزم به الخطابي واختاره الأزهري ونقله عياض عن أكثر العلماء أنها خمسة دراهم من الورق ، ويؤيده أن في رواية البيهقي وزن نواة من ذهب قومت بخمسة دراهم ، وقيل وزنها من الذهب خمسة دراهم ، حكاه ابن قتبة وجزم به ابن فارس وجعله البيضاوي الظاهر . وعن بعض المالكية النواة عند أهل المدينة ربع دينار ، ويؤيده أنه وقع في رواية للطبراني قال أنس حزرناه ربع دينار وقال الشافعي : النواة ربع الشيء نصف أوقية والأوقية أربعون درهما فتكون خمسة دراهم ، وكذا قال أبو عبيد ، وبه حزم أبو عبيد وآخرون . انظر : السنن الكبرى (٢٣٧/٧) . المعجم الكبير للطبراني (٢٢٧/٣) ، نيل الأوطار (١٦٦/٦، ١٦٧)

(٢) انظر معرفة السنن والآثار ج (٢١٥/١٠، ٢١٦) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٠ .

(٣) في النسخ [ابن الزبير] والمثبت هو الصحيح ، وهو : محمد بن مسلم بن المكي أبو الزبير ، روى عن جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن الزبير وغيرهم ، وعنه أيوب وشعبة والسفيانان ومالك وغيرهم وثقه النسائي وابن معين . وقال أبو زرعة وأبو حاتم لا يحتج به . مات سنة (١٢٨) هـ انظر : ميزان الاعتدال ق (٣٧/٤ – ٤٠) ، والجرح والتعديل (٧٤/٨-٧٦) التاريخ الكبير (٢٢١/١/٢٢٢) المغني في الضعفاء (٦٣٢/٢) شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه باب قلة المهر (٢٣٨/٧) ، والدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٣) .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٣)

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٨/٧) .

(٧) انظر بداع الصنائع (٢٧٨/٢) ، المهذب (٥٦/٢) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) الشغار : شغر بالفتح : رفع ، يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ويأتي بمعنى الخلو يقال شغرت البلد والأرض أي خلت من الناس . اللسان (٢٢٨٣/٣-٢٢٨٤) باب الشين . وفي الاصطلاح : الشغار – بالكسر – : نكاح في الجاهلية وهو أن يقول الرجل للآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو =

ووجب اعتبار البدل في الأنكحة بقدر عندنا فيحتمل أن يكون هذا قبل النسخ [1] .

٢٢٥٧٣ - قالوا [2] : روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للرجل الذي خطب الواهبة : التمس شيئًا ، فالتمس ، فلم يجد شيئًا فقال : ، ولو خاتمًا من حديد [3] .

٢٢٥٧٤ - قلنا : صحة العقد لا تقف على تعجيل شيء للمرأة ، وإنما العادة أن الزوج يقدر لها شيئًا ، على وجه يطيب النفس ، ولهذا امتنع ﷺ من تسليم فاطمة إلى عليٍّ حتى أعطاها درعه [4] ، والنبي ﷺ أمره أن يلتمس ما يتعجل لها على هذا الوجه ، وذلك يجوز أن يكون كثيرًا وقليلًا [5] ، ويحتمل أن يكون هذا في الحال التي كان يجوز أن يكون النكاح بغير مهر ، وفي تلك الحال ، كان لا يتقدر .

٢٥٢/ب ٢٢٥٧٥ - ومن أصحابنا من قال : إن هذا لعقد عقده النبي ﷺ / كما كان يجوز أن يعقد لنفسه بغير مهر ، كذلك يجوز أن يعقد لغيره ، لأنه تولى [6] العقد في الوجهين [7] .

٢٢٥٧٦ - قالوا [8] : روى عامر بن أبي [9] ربيعة [10] أن امرأة من بني فزارة [11]

= أختي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع . انظر : اللسان باب الشين أنيس الفقهاء ١٤٧ المغرب ٢٥٢ .

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٧٦/٢) .

(٢) انظر الأم (٦٤/٥) - المهذب (٥٥/٢) المغني مع الشرح الكبير ٤/٨ .

(٣) الحديث متفق عليه فتح الباري باب السلطان ولي ، (١٥٦/٩-١٥٧) وصحيح مسلم شرح النووي (٢٤٩/٩-٢٥١) باب الصداق ، وجواز كونه تعليم قرآن أو وخاتم حديد ..

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا (٥٩٦/٢،٥٩٧) ، وأخرجه النسائي في سننه باب نحلة الخلوة (١٢٨/٦/١٢٩) - ، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسند علي ابن أبي طالب ج (٨٠/١) وأبو يعلى في مسنده - مسند عبد الله بن عباس (٣٢٨/٤) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يستحب من القصد في الصداق (٤٣٢/٧) - وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٩/٤) ، والإمام الطبراني في المعجم الكبير ، مسند عبد الله بن عباس (٣٥٥/١١)

(٥) بدائع الصنائع (٢٧٦/٢) شرح فتح القدير (٢٠٦/٣) . قال في تحفة الأحوذي وأما قول الحنفية أن ما يدل على كون المهر أقل من عشرة دراهم محمول على المعجل فقد رد عليهم صاحب عمدة الرعاية بأن هذا الحمل إنما يسلم مع مخالفته للظواهر إذا ثبت التقدير بدليل معتمد . انظر : تحفة الأحوذي (٢٥٣/٤) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قول] .

(٧) انظر شرح معاني الآثار (١٨/٣) .

(٨) انظر معرفة السنن والآثار (٢١٥/١٠) ، المغني ٤/٨ ، المبدع (١٣١/٧-١٣٢) .

(٩) ساقطة من جميع النسخ والزيادة جاءت تصحيحًا للاسم .

(١٠) هو : عامر بن أبي ربيعة أورده أبو بكر بن أبي علي والطبري ، صحابي ، روى عن النبي ﷺ . انظر : أسد الغابة (١٢٣/٣) ، الإصابة (٥٨٠/٣) ، تجريد أسماء الصحابة (٢٨١/١) .

(١١) في (ن) : [قرارة] .

جيء بها إلى النبي ﷺ ، وقد تزوجت رجلًا على نعلين ، [فقال لها] [١] رسول اللّٰه ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ [٢] [قالت : نعم ، قال] [٣] : فأجازه رسول اللّٰه ﷺ [٤] .

٢٢٥٧٧ – قلنا هذا الخبر رواه شعبة [٥] ، عن عاسم بن عبيد اللّٰه [٦] وعاصم ليس بثبت عندهم [٧] ولا دلالة في الخبر ؛ لأن فيه أنه أجاز العقد .

٢٢٥٧٨ – وعندنا يجوز وإن سمى ما لا يصح أن يكون مهرًا كما يصح بغير مهر ، يبين ذلك أنه قال لها : أرضيت من نفسك ، وما لك بنعلين ؟ وليس هاهنا ، إلا ما وجب لها [٨] العقد ، فهذا الخبر دليلنا ، لأنها إذا تزوجت على نعلين ، وجبتا لها ، وتمام عشرة دراهم ، فإذا رضيت بالنعلين بعد العقد على ذلك سقط تمام العشرة برضاها ، كما يسقط [٩] جميع المهر بإسقاطها بعد ثبوته . والذي يدل على صحة هذا التأويل ، ما روى الشعبي [١٠] قال : تزوج رجل على عهد رسول اللّٰه ﷺ على شرط قال : فجعل لها النبي ﷺ مهرها : أو قال : مهر مثلها [١١] . فهذا يدل على أن النكاح ،

---

(١) في (ن) ، (ع) : [فأجازها لها] .

(٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ والزيادة لاستقامة المعنى .

(٤) أخرجه الترمذي في سننه باب ما جاء في مهور النساء (٣/٤١١-٤١٢) وابن ماجه في سننه باب صداق النساء (١/٦٠٨)

(٥) هو : شعبة بن الحجاج الورد العتكي روى عن أبان بن تغلب وإبراهيم بن مهاجر والأزرق بن قيس وإبراهيم بن ميمون وأيوب بن حبان بن هلال وأيوب وغيرهم . قال سفيان شعبة أمير المؤمنين في الحديث وقال الشافعي لولا شعبة ما عرف الحديث بالعراق – مات سنة ١٦٠هـ بالبصرة . انظر : الجرح التعديل (٤/٣٦٧) تهذيب الكمال (١٢/٤٧٩) ، التاريخ الكبير ق٢ (٢/٢٤٤،٢٤٥) الكاشف (٢/١٠) .

(٦) هو : عاصم بن عبيد اللّٰه بن عاصم بن عمر بن الخطاب روى عن أبيه وابن عمه سالم بن عبد الله وجابر ابن عبد اللّٰه وعامر بن ربيعة والقاسم بن محمد بن أبي بكر وغيرهم . وعنه مالك وشعبة وشريك وعاصم وعبد الله بن حفص وغيرهم ، قال ابن متين : ضعيف ، وقال البخاري : منكر الحديث . انظر : ميزان الاعتدال ق (٢/٣٥٣) تهذيب التهذيب ج (٥/٤٨) التاريخ الكبير (٢/٤٨٤) المجروحين ج (٢/١٧) .

(٧) قال في فتح القدير : وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح لأن فيه عاصم بن عبيد اللّٰه قال ابن الجوزي قال ابن معين : ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حيان : فاحش الخطأ . فتح القدير (٣/٣١٩) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(١٠) سبقت ترجمته .

(١١) البيهقي في السنن الكبرى باب الشروط في النكاح ، عن الشعبي في رجل تزوج امرأة شرط لها دارها قال زوجها دارها . انظر : السنن الكبرى (٧/٢٥٠) وعند عبد الرزاق أيضًا في المصنف (٦/٢٢٦) .

يصح مع تسمية إلى القليل ، وأن ذلك لا يمنع من وجوب المهر .

٢٢٥٧٩ - قالوا : كل [١] ما صح أن يكون ثمنًا لشيء ، صح أن يكون مهرًا كالعشرة [٢] .

٢٢٥٨٠ - قلنا : حكم البدل في النكاح أقوى ، بدلالة أنه يثبت من غير تسمية ، فلقوته [٣] جاز أن يتقدر ، ولضعف البدل في البيع [لم يتقدر] [٤] ، ولأن المملوك في البيع ، يجوز أن يملك بغير بدل ، فجاز أن يملك ببدل [غير مقدر] [٥] والمملوك في النكاح لا يجوز أن يملك بغير بدل فكذلك لا يجوز أن يكون غير مقدر .

٢٢٥٨١ - فإن قيل : إن أردتم أن البضع لا يملك في النكاح بغير بدل ، فكذلك المبيع في البيع لا يملك بغير بدل ، وإن أردتم على الإطلاق لم نسلم ، فإن البضع يملك بالهبة .

٢٢٥٨٢ - قلنا : الذي نريد به أن البضع منفردًا عن الرقبة لا يملك بغير عوض ، ولأن البدل في البيع لا يتعلق به حق اللّٰه تعالى ، فلم يتقدر . والبدل في النكاح يتعلق به حق اللّٰه تعالى [٦] فلذلك [٧] يقدر [٨] .

٢٢٥٨٣ - أو تقول إن البيع لا يتقدر أحد المسميين ، وفي النكاح جاز أن يتقدر الآخر .

٢٢٥٨٤ - وقد عبروا عن هذا القياس بعبارات فقالوا : بدل يستفاد بعقد وربما قالوا : عقد معاوضة أو عقد على منفعة كالإجارة ، والكلام على القياس الأول كلام على هذا ويدخل على قولهم : بدل يستفاد بعقد الحرية لأنها معتادة .

٢٢٥٨٥ - قالوا : نوع عقد ، لا يتقدر أكثر عوضه ، فوجب أن لا يتقدر أقله . أصله : البيع ، والإجارة ، والخلع [٩] ، والكتابة [١٠] .

---

(١) قاعدة : « كل ما صح أن يكون ثمنًا لشيء صح أن يكون مهرًا كالعشرة » .

(٢) انظر : الشرح الكبير مع المغني (٥/٨) لابن قدامة ، المغني مع الشرح (٥/٨) ، المجموع شرح المهذب التكملة الثانية (٣٢٦/١٦) للشيخ محمد نجيب المطيعي .

(٣) في (ن) : [فلعرته] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لم يقدر] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [غير مقدور] .

(٦) قاعدة : « البدل في النكاح يتعلق به حق اللّٰه تعالى » .

(٧) في (م) ، (ن) [فكذلك] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [مقدر] .

(٩) سيأتي تعريفه في أول باب الخلع مفصلًا .

(١٠) في اللغة الضم والجمع . اللسان (٣٨١٦/٥-٣٨١٨) ، وفي الشرع جمع حرية الرقبة مآلًا منع حرية اليد حالًا . انظر : أنيس الفقهاء (١٦٩-١٧٠) .

٢٢٥٨٦ - قلنا : ما يدخله التقدير تارة يتقدر أكثره ، ولا يتقدر أقله كالتعزير [١]، وتارة يتقدر أقله ، ولا يتقدر أكثره كالنصاب [في السرقة] [٢] ، وتارة يتقدر أقله وأكثره [٣] كالجلد في الزنا ، فلا يمنع أن لا يتقدر أكثر المهر وإن تقدر [٤] أقله ، والمعنى فيما ذكره من التقدير ما قدمناه .

٢٢٥٨٧ - قالوا : عقد على البضع ، فلا يتقدر فيه البدل ، كالخلع .

٢٢٥٨٨ - قلنا : البضع يجوز أن ينتقل إلى المالك بغير عوض ، فجاز أن ينتقل عليها بعوض غير مقدر ، ولا يجوز أن يملك الزوج البضع [بغير بدل] [٥] ، فلم يجز أن يملكه ببدل غير مقدر .

٢٢٥٨٩ - قالوا : إذا سمى لها ما دون العشرة ، لم يسقط إلى مهر المثل عندكم . ولو كانت تسميته فاسدة ، سقطت إلى مهر المثل . وتحريره : أنها تسمية لا تسقط إلى مهر المثل ، فوجب أن يلزم نفسها كالعشرة [٦] .

٢٢٥٩٠ - قلنا : إذا رضيت بما دون العشرة فقد أبرأته مما [٧] زاد على العشرة ، ومما زاد على التسمية ، والبراءة [٨] مما زاد على العشرة جائزة ، وما دونها لا يجوز ، فلذلك لم يسقط إلى مهر المثل [٩] . وتفارق هذه التسمية الفاسدة ، لأنه لا [١٠] يجوز أن يكون عوضا ، ولا يصح التصرف فيها ، فلم [١١] يثبت شيء منها ، فلذلك سقطت إلى مهر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [كالتعبير] . التعزير في اللغة أصله من العزر بمعنى الرد والردع . وفي الشرع التأديب دون الحد . وأكثره تشعة وثلاثون سوطًا وأقله ثلاث جلدات وهذا ما نص عليه المصنف في الكتاب ، قال في الكتاب والتعزير أكثره تسعة وتشعون سوطًا وأقله ثلاث جلدات . وقال في الهداية وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس . انظر : المغرب ٣١٤ ، أنيس الفقهاء ١٧٤ ، اللباب في شرح الكتاب (١٩٩،١٩٨/٣) - الهداية مع فتح القدير (٣٤٩،٣٤٨/٣) الاختيار (٢٧٨/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . النصاب في السرقة مقدر أقله بعشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه . انظر : الهداية مع فتح التقدير (٣٥٥/٥) .

(٣) في (ن) : [وأكثر] .

(٤) في (ن) : [تعذر] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) انظر : المغني مع الشرح (٥/٨) الحاوي للماوردي ص ٩٩ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [فيما] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [فالبراءة] .

(٩) انظر : المبسوط (٨٢،٨١/٥) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [لم] .

المثل [١] ، ومتى سمى ما دون العشرة ، فقد سمى ما يجوز أن يكون عوضًا ، ويصح التصرف فيه ، فتثبت التسمية ، وثبوت مال صحيح في النكاح يستدعى ثبوت [٢] باقيه ، كمن طلق نصف تطليقه [٣] .

٢٢٥٩١ – يبين ذلك : أن الأب لو زوج ابنته الصغير ، على مهر فاسد سقط إلى مهر المثل [٤] . ولو زوجها على أقل من مهر المثل [ثبت المسمى ، وضم مهر مثلها] [٥] ، كذلك هنا انضم إلى تمام العشرة ، لأنها أسقطت الزيادة على العشرة ، فسقطت بإسقاطها .

٢٢٥٩٢ – قالوا : ما جاز أن يجب لها بالطلاق قبل الدخول ، جاز أن يكون مهرًا كالعشرة [٦] .

٢٢٥٩٣ – قلنا : ما يجب عند زوال العقد لا يتقدر به ما يجب مع بقاء العقد كالمتعة ، ونقابل هذا فنقول : ما تردد بين التصنيف والكمال ، يقدر كالحدود . أو نقول : إذا طلقها قبل الدخول ، ولم يكن سمى لها مهرًا وجبت المتعة [٧] ، وهي مقدرة باتفاق [٨] ، فلما قامت [٩] المتعة مقام المهر ، وهي مقدرة ، كذلك المهر في نفسه مقدر .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٤٣/٥) بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(٢) انظر : ساقطة من (ن) ، (ص) .

(٣) انظر : الاختيار (٣٨/٣) . فتح التقدير (٣٢٠/٣) .

(٤) انظر : البحر (٩٥/٣) ، بدائع الصنائع (٣٢٠/٢، ٢٤٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ص ٩٩ . (٧) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٣) .

(٨) هي مقدرة عند الحنفية بثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة . وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس ، ولا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم . وعند الشافعية . المتعة المستحبة مقدرة ، أقلها ثلاثون درهمًا . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٤/٢) ، الهداية مع فتح القدير (٣٢٦/٣) ، المهذب (٦٣/٢) المجموع (٧٤/١٨) .

(٩) في (م) : [ثبتت] .

مسألة ١٠٨٦

تعليم القرآن هل يكون مهرًا

٢٢٥٩٤ – قال أصحابنا : تعليم القرآن لا يكون [1] مهرًا ، ولا يصح المعاوضة عليه [2] .

---

(١) تعليم القرآن لا يكون مهرًا فيما ذهب إليه أبو حنيفة ، ومالك ورواية عن الإمام أحمد فإن تزوجها على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر مثلها . انظر : شرح معاني الآثار (١٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٧٧/٢) ، الهداية (٢٠٧/١) بلغة السالك لأقرب المسالك (٤١٦/١ ، ٤١٧) لأحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير ، شرح منح الجليل (١٢١/٢ للخطاب ط مع الشرح (٨/٨) ، المبدع (١٣٥/٧) . وذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية وهو قول أصبغ من المالكية وابن حزم إلى جواز أن يكون تعليم القرآن مهرًا . انظر : الأم (٦٤/٥) المهذب (٥٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٥/٢) ، المحلى (١٠٤/١١) .

(٢) اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين : المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة وهو المنصوص عن أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس إلى عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن . انظر : شرح معاني الآثار (١٩/٣) ، بدائع الصنائع (١٩١/٤) ، المغني (٥٥٥/٥) . المذهب الثاني : ذهب الإمام مالك والشافعي ، وهو رواية عن أحمد وعليه متأخرو الحنفية وابن حزم إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤) على الشرح الكبير للإمام الدردير ، المحلي (١٠٤/١١) ، المغني (٥٥٧/٥) ، البحر الرائق (١٦٨/٣) ، الاختيار (٧٨،٧٧/٢) الادلة : استدل الأولون على ما ذهبوا إليه من السنة والمعقول .
أولًا السنة : أورد صاحب المغني عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به » [أخرجه أبو يعلى في مسنده (١١٨/٦) وسنده قوي . وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه أخص من محل النزاع ؛ لأن المنع من الأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيبة من نفسه ، ويحمل الحديث على الكراهة ، كما أنه معارض بقوله ﷺ : إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله ، وكذلك ما رواه الطحاوي بإسناده عن عبادة بن الصامت قال : علمت ناسًا من أهل الصفة القرآن والكتابة ، فأهدي إلى رجل منهم قوسًا قلت : قوس وليست بمال قال : قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺوقصصت عليه القصة ، فقال « إن سرك أن يقلدك من الله قوسًا من نار فاقبلها » . وقد نوقش هذا بأن عبادة بن الصامت قد أخذه في موضع تعين عليه ، فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه فعل ذلك خالصًا لله ، فكره أخذ العوض ، أو لعله أخذ قوسًا فيه عاج .
ثانيًا : المعقول وهو أن تعليم القرآن قربة وطاعة فأشبه الصوم والصلاة بدائع الصنائع (٥٥٧/٥) الاختيار (٧٧/١) (١٩١/٤، ١٩٢) ، وقد نوقش هذا الاستدلال . بأن ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له ، فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير وهذا تعود منفعته إليه ، أدلة المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني بالسنة والمعقول فقد أورد صاحب المغني أن النبي ﷺ زوج رجلًا بما معه من القرآن ، ووجه الدلالة أنه إذا جاز أن يكون تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه في باب الإجارة ، وكذلك ما أورده صاحب المغني أيضًا أن النبي ﷺ قال : أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب =

٢٢٥٩٥ - وقال الشافعي : يجوز إذا أصدقها سورة بعينها ، أو آيات بعينها .

٢٢٥٩٦ - وكذلك إن أصدقها تعليم [١] الشعر إذا لم يكن هجاء ، ولا فحشا [٢] .

٢٢٥٩٧ - لنا [٣] : ما روى هشام [٤] ، عن محمد ، عن أبي يوسف بإسناده ، عن عمير بن أبي عرفجة العدوي [٥] في قصة الموهوبة أن النبي ﷺ قال : لذلك الرجل : زوجتكها بما معك من القرآن ، وهذا لك ولا يحل لأحد بعدك [٦] ، وروى عن ابن

= الله قال : وثبت أن رسول الله ﷺ قال لأبي سعيد لما رقي رجلًا بفاتحة الكتاب على جعل « لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » ، وأما المعقول وهو أنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر ، انظر : المغني (٥٧٧/٥) ، البيهقي في السنن الكبرى (١٨٩/٩) ، شرح معاني الأثار (١٩/٣، ٢٠) ، نيل الأوطار /٢٨ ،بدائع الصنائع ، المغني (٥٥٧/٥) ، الاختيار (٧٧/٢، ٧٨) (١٩١/٤) ، المغني (٥٥٦/٥) البخاري باب فضل فاتحة الكتاب ، فتح الباري (٤٥/٩) ، حاشية الدسوقي (٢/٤) .

(١) في (ع) : [تسليم] .

(٢) اشترط فقهاء الشافعية في تعليم القرآن ليصح صداقًا شرطان :

أولًا : العلم بالمشروط تعليمه وذلك بأحد طريقين :

الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول كل القرآن ، أو السبع الأول أو الثلث الأخير .

الثاني : تقديرها بالزمان بأن يصدقها تعليم القرآن شهرًا ويعلمها فيه ما شاءت . الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدرًا معقولًا فإن لم يكن بأن شرط تعليم لحظة لطيفة أو قدر يسير وإن كان إية كقوله تعالى ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ [المدثر : ٢١] لم يصح إصداق وهو كبيع حبة حنطة . انظر : هذه المسألة في الأم للشافعي (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) روضة الطالبين (٣٠٤/٧-٣٠٧٧) .

(٣) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٩/٨، ١٢) المبسوط (٨١/٥) .

(٤) هو : هشام بن عبيد الله الرازي روى عن مالك وابن أبي ذئب وحماد بن زيد وعبد العزيز بن المختار وروى عنه أبو حاتم وأحمد بن الفرات والحسن ومحمد بن سعيد العطار وجماعة ، تفقه على أبي يوسف ومحمد . قال الصيمري : كان لينا في الرواية ، وعن أبي بكر الرازي أنه كان بكره أن يقرأ عليه الأصل من رواية هشام لما فيه من الاضطراب ، وقال ابن حيان كان يهم ويخطئ على الأثبات مات سنة ٢٠١هـ . انظر : طبقات الشيرازي ١٣٨ ، الجواهر المضيئة (٥٦٩/٣) ، الفوائد البهية (٢٢٣) ، أحياء أبي حنيفة وأصحابه ١٥٥ .

(٥) هو : عمير بن عرفجة الكوفي . روى عن عطية العوفي ، وروى عنه نصر بن مزاحم ، وأبو معاوية الضرير ، والغريابي وغيرهم . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٧/٦) ، ميزان الاعتدال (٢٩٦/٣) ، الثقات (٢٧٣/٧) .

(٦) أخرجه سعيد بن منصور في سننه من مرسل أبي النعمان الأزدي قال : زوج رسول الله ﷺ امرأة على سورة من القرآن ، وقال : لا تكون لأحد بعدك مهرًا ، وأخرجه أبو عوانة من طريق الليث بن سعد بنحوه ، وعند أبي داود عن مكحول نحو خبر سهل بن سعد . قال : وكان مكحول يقول وليس ذلك لأحد بعد رسول الله ﷺ . سنن أبي داود ، باب في التزويج على العمل يعمل (٥٨٨/٢) ، فتح الباري (١٧٤/٩) .

مسعود ﷺ [في قصة الموهوبة] [١] . أن النبي ﷺ قال : « فإذا رزقك الله مالا فعوضها » [٢] ؛ فهذا يدل أنه جعل التعليم تطييبا لنفسها ، ولم يجعله مهرًا . أو بقى في ذمته ، فأمره أن يدفعه إليها إذا وجد [٣] . ولأن تعليم القرآن من شرطه أن يكون قربة لفاعله ، بدلالة أن الكافر لا يمكن من تلقين القرآن ، فلا يجوز أن يكون مهرًا ، كالأذان [٤] .

٢٢٥٩٨ – ولأن النبي ﷺ أمر بتبليغه والدعاء إليه ، فلم [٥] يكن [٦] مهرًا [٧] ، كالشهادتين [٨] . ولأن تعليم القرآن من شرطه الطهارة ، كالصلاة ، ولا يقال : إن الصلاة لا ينتفع غير فاعلها بها ، لأنه ينتفع إذا كان إماما فتحصل له فضيلة الجماعة [٩] ، ولأن التعليم يقف على فعل المعلم فتحصل ، وفعل المتعلم لا يقدر عليه المعلم ، فلم يجز أن يعقد على ما لا يقدر عليه [١٠] ، ولأن التعليم دعاء إلى قربة فصار كالأمر بالمعروف .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب النكاح على تعليم القرآن ، (٢٤٣/٧) وأخرجه الدارقطني في سننة بلفظه في باب المهر (٢٤٩/٣) .

(٣) رد ابن حجر هذا فقال : القول بثبوت المهر في ذمته يتوقف على ثبوت حديث ابن مسعود المذكور . لكنه غير ثابت انظر : فتح الباري (١٧٥/٩) .

(٤) في (ن) : [كالأدال] . والأذان في اللغة : النداء إلى الصلاة والإعلام بها وبوقتها . وفي الشرع : الإعلام على وجه مخصوص انظر : الكليات (١٤٠/١) لأبي البقاء العكبري تحقيق د /عدنان درويش . انظر : قياس المصنف هذا في حاشية أبي السعود المسماة فتح الله المعين (٥٥/٢) على شرح الكنز للعلامة محمد منلا مسكين ، المغني مع الشرح (١٢/٩/٨) .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٧) في (ن) ، (ع) : [فهوا] .

(٨) انظر : الاختيار (٤٣/٣) ، البناية (٢١٥/٤) .

(٩) أما القياس على الأذان والشهادة فهو من فروض الكفايات ، ويجوز أخذ الأجرة على فروض الكفايات « كغسل الميت وحمل الجنائز » ، وأما الصلاة فينتقض ذلك بكتابة المصاحف وبناء المساجد ؛ يجوز أن تكون مهرًا وإن كان قربة . ثم المعنى في الصلاة أن النيابة فيها لا تصح ، وليس كتعليم القرآن الذي تصح فيه النيابة . انظر : الحاوي ١٠٨ .

(١٠) انظر : البناية (٩٤١/٧) ، شرح معاني الآثار (١٩/٣) ، المغني مع الشرح (٩/٨) ورد ابن حجر هذا فقال : المشروط تعليمه ، فيحتمل أن يقال اغتفر ذلك في باب الزوجين ، لأن الأصل استمرار عشرتهما ، ولأن مقدار تعليم عشرين آية لا تختلف فيه النساء غالبًا خصوصًا مع كونها عربية من أهل لسان الذي يتزوجها . انظر : فتح الباري ج (١٧٥/٩) .

٢٢٥٩٩ - احتجوا : (١) بما روى سهل بن سعد الساعدى أن النبى ﷺ قال لخاطب الموهوبة : « زوجتكها بما معك من القرآن » ، وروى « على ما معك من القرآن (٢) » ، وروى « على أن تعلمها عشرين آية من سورة البقرة » (٣) ، « وروى علمها ما يقرأ من القرآن » (٤) .

٢٢٦٠٠ - والجواب : أن هذا الخبر رواه مالك عن أبي حازم (٥) عن سهل بن سعد ، وذكر فيه هل معك من القرآن شيء ، قال : نعم سورة كذا ، [وسورة كذا] (٦) فقال ، رسول اللّه ﷺ : « زوجتكها بما معك من القرآن » . ورواه سفيان (٧) عن أبي حازم وذكر فيه « على ما معك من القرآن » ورواه يعقوب بن عبد الرحمن (٨) عن أبي

(١) انظر : الأم (٥/٦٤) ، الحاوي للماودي ١١١ ، المغني مع الشرح (٨/٨/٩) .

(٢) أخرجه النسائي في سننه ، وابن ماجه في سننه (١/٦٠٨) باب صداق النساء ، والدارقطني في سننه : باب المهر ، والبيهقي في السنن الكبرى : باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٧/٢٣٦) ، وأحمد في المسند (٥/٣٣٠) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه - باب في التزويج على العمل يعمل (٢/٢٣٦،٢٣٧) ، والنسائي في السنن الكبرى : باب كيف التزويج على آي القرآن .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه باب الصداق وكونه تعليم قرآن وخاتم حديد . مسلم بشرح النووي (٩/٢١٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب النكاح .

(٥) هو : سلمة بن دينار أبو حازم القصار ، ولد في أيام ابن الزبير . روى عن سهل بن سعد وسعيد بن المسيب وأم الدرداء وابن عمر وغيرهم وروى عنه السفيانان ومالك وهشام بن سعد وغيرهم . قال ابن خزيمة : لم يكن في زمانه مثله ، وقال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث . مات سنة ١٤٠ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١/١٣٣/١٣٤) الجرح والتعديل (٤/١٥٩) ، رجال صحيح البخاري (١/٣٢١) ، الكاشف (١/٣٠٥) - الثقات (١/٤٢٠) ، للإمام أبي الحسن أحمد بن عبد اللّه بن صالح العجلي .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران مولى لبني عبد اللّه بن روبية ، ولد عام ١٠٧ هـ . روى عن عمرو ابن دينار الزهري ، والأسود بن قيس ، وزيد بن أسلم وخلائق غيرهم . وروى عنه الأعمش وابن جريج وشعبة والشافعي وغيرهم ، قال عبد الرحمن بن مهدي : كان ابن عيينة من أعلم الناس بحديث أهل الحجاز . مات سنة (١٩٨) انظر : تهذيب التهذيب (٤/١١٧-١٢٢) الجرح والتعديل (١/٣٢-٥٤) ، تذكرة الحفاظ (١/٢٦٢) ، التاريخ الكبير (٢/٩٤) -الطبقات الكبرى لابن سعد (٥/٩٧)

(٨) هو : يعقوب بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد القاوى المدني حليف بني زهرة . روى عن أبيه وزيد بن أسلم وعمرو وموسى بن عقبة وأبي حازم بن دينار ، وغيرهم . وعنه : ابن وهب ، وسعيد بن منصور ، ويحيى بن بكير ، وقتيبة بن سعيد وغيرهم . قال أحمد ثقة . مات سنة (١٨١) هـ انظر : تهذيب التهذيب ج (١/٣٩٢) ، الثقات لابن حبان (٧/٦٤٤-٦٤٥) ، الكاشف (٣/٢٥٥) ، رجال صحيح مسلم ج (٢/٣٧٢) .

حازم ، وذكر فيه مُلِّكتها بما معك من القرآن [١] فهذا يدل على قلة الضبط فيه [٢] ، ولأنه قال : بما معك من القرآن [٣] » . وما معه لا يجوز أن يكون مهرًا ، وإنما يصح أن يكون مهرًا إذا شرط تعليمها سورة بعينها ، ولم يذكر ذلك فيما رواه الأئمة كمالك ، وابن عيينة [٤] .

٢٢٦٠١ – ولو ذكر ذلك لم يصح أن يكون مهرًا ، حتى يعلم أنها لا تحسن ذلك القرآن ، ولم يسألها ﷺ هل تحسن ما معه أم لا ، فلم يبق إلا أن يكون زوجه إياها [لفضيلة القرآن] [٥] ، وهذا كما روى أنس بن مالك أن أبا طلحة [٦] تزوج أم سلمة [٧]

---

(١) بضم الميم وكسر اللام المشددة على ما لم يسم فاعله – كذا نقله القاضي عن رواية الأكثرين انظر شرح صحيح مسلم للإمام النووي (٢٥٣/٩) .

(٢) انظر : (١٠٠/١١) فتح الباري (١٧١/٩) .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي (٢٥٣/٩) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد . فتح الباري (١٧١/٩) .

(٤) قال في الحاوي : فإن قيل : قوله زوجتكها بما معك من القرآن مجهول ، وكذلك قوله : قم فعلمها مجهول ، ولا يجوز أن يجعل لها رسول الله ﷺ صداقًا مجهولًا فالجواب من وجهين أحدهما : أنه كان معلومًا ؛ لأنه سأل الرجل عما معه من القرآن ، فذكر سورًا سماها فقال : زوجتكها بما معك من القرآن بمعنى السور المسماة ، وقوله في حديث أبي هريرة : عشرين آية يعني من السورة التي ذكرها ، فصار الصداق معلومًا . الثاني : أن المقصود بهذا جواز أن يكون تعليم القرآن صداقًا ، فاقتصر من الرواية على ما دل عليه ، وأمسك عن نقل ما عرف دليله من غيره – الحاوي للماوردي (٥٧/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) [بفضيلة بالقرآن] . وقد نوقش هذا الحمل (وهو أن الباء هنا للسببية) بما يلي : –
أ – أن النبي ﷺ قال له : قال له : التمس ولو خاتمًا من حديد ليكون صداقًا ، فلما لم يجد جعل القرآن بدلًا منه فاقتضى أن يكون صداقًا .
ب – أن هذا التأويل يدفعه حديث أبي هريرة لأنه قال : قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك .
ج – أنه لو كان المعنى على هذا التأويل من أنه زوجه إياها لحفظه القرآن تفضيلًا له لجعلت المرأة الموهوبة بلا مهر ، وهذه خصوصية ليست لغير النبي ﷺ ، ولولا أنه أراد به معنى المهر لم يكن لسؤاله إياه : هل معك من القرآن شيء معنى ، وليس في الحديث أنه جعل المهر دينًا عليه إلى أجل ، فكان الظاهر أنه جعل تعليمه القرآن إياها مهرًا لها . انظر : الحاوي للماوردي ص ١١٣ ، معالم السنن للإمام الخطابي ، شرح سنن أبي داود ط / بيروت / لبنان .

(٦) زيد بن سهل بن الأسود ... الأنصاري الخزرجي من أعيان البدريين وأحد النقباء الاثني عشر ليلة العقبة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه ابنه عبد الله وربيبه أنس ، وزيد بن خالد وابن عباس . مات سنة (٣١) هـ . انظر : الاستيعاب (٥٥٣/٢) ، أسد الغابة (٢٨٩/٢) ، الإصابة (٦٠٧/٢) الاستبصار ١٨٩ .

(٧) أم سليم ملحان بن خالد بن النجار الأنصارية ، روت عن النبي ﷺ ، وروى عنها ابنها أنس ، وابن =

على إسلامه ، فذكرت ذلك للنبي - ﷺ قال : « فحسبه إسلامه لا يكون صداقا ، وإنما تزوجته [١] بفضيلة الإسلام » [٢] . على أنا روينا أن النبي ﷺ خصه بذلك دون غيره ، وهذا يسقط الاستدلال [٣] ، وروينا عن ابن مسعود ما دل على أن المهر في ذمته ، فعلى هذا إنما ذكر تعليمها لتطيب نفسها بما يعجله لها .

٢٢٦٠٢ - ومن أصحابنا من قال : هذه [٤] وهبت نفسها ، وقالت للنبي ﷺ : « ورِ فيَّ رأيك » [٥] .

٢٢٦٠٣ - فكما يجوز له أن يقبل نكاحها بغير مهر ، جاز أن يوجبه لغيره بما ليس بمهر/ [٦] ، [ويحتمل أن هذا كان في الحالة] [٧] التي كان يجوز النكاح فيها بغير مهر ، وبما ليس بمال ، وقد نسخ ذلك ، وهذا أمر لا شبهة فيه ، لأنهم كانوا يتزوجون الشغار ، ٢٥٣/أ

= عباس ، وزيد بن ثابت وغيرهم ، كانت تحت مالك بن النضر ، فغضب عليها وخرج إلى الشام فمات هناك فخطبها أبو طلحة وهو مشرك ، فأبت حتى يسلم فأسلم ، وكان ذلك مهرها ، ثم تزوجها فولدت له عبد الله فبارك الله له فيه كانت تغزو مع رسول الله ﷺ ، وكانت من عقلاء النساء ، ماتت سنة ٣٥ هـ . أنظر : في الإصابة (٢٢٧/٨) ، أسد الغابة(٣٤٥/٧) ، الاستيعاب (١٩٤٠/٤) .

(١) في (ن) ، (ع) : [زوجته] .

(٢) الحديث كما ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار باب التزويج على سورة من القرآن عن أنس بن مالك أن أبا طلحة تزوج أم سليم على إسلامه فذكرت ذلك للنبي - ﷺ - قال أنس : والله ما كان لها مهر غيره . انظر : شرح معاني الآثار (١٧/٣) . وقد رد ابن حزم هذا ، بأن هذا كان قبل هجرة رسول الله ﷺ بمدة ، لأن أبا طلحة قديم الإسلام ، من أول الأنصار إسلامًا ، ولم يكن نزل إيجاب إيتاء النساء صدقاتهن بعد . انظر : المحلي (١٠٦/١١،١٠٧) .

(٣) دعوى الخصوصية غير مسلمة لما يلي :

أ - أن الحديث مرسل وفيه من لا يُعرف .

ب - أنه لم يكن رسول الله هو المتزوج بها فيصير مخصوصًا بذلك ، وإنما كان مُزوِّجا لها فلم يكن مخصوصًا .

ج - أن ما خُصَّ به رسول الله - ﷺ - يحتاج إلى دليل يدل على تخصيصه ، وإلا كان فيه مشاركًا لأمته . انظر : فتح الباري ١٧٤/٩ ، الحاوي للماوردي ١١٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [قد] .

(٥) هكذا في حديث ابن مسعود بإثبات الهمزة وفي حديث سهل فَرِّ فيها رأيك براء مفتوحة بعدها فاء التعقيب ، وهي فعل أمر من الرأي . انظر : فتح الباري (١٦٩/٩) .

(٦) انظر : شرح معاني الآثار (١٨/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ويحتمل أن يوجبه لغيره أن هذا كان في الحالة] وهي زيادة .

ولا مال فيه . وتزوج أبو طلحة على إسلامه ، وإذا احتمل هذا [(١)] سقط الاستدلال [(٢)] .

٢٢٦٠٤ – فإن قيل : كيف يحمل الخبر على الحالة التي كانوا يتزوجون بغير مهر ، والنبي ﷺ قال له [(٣)] : « التمس » .

٢٢٦٠٥ – قلنا : في تلك الحال لم يكن المهر شرطا ، ولكنه كان جائزا ، لأنهم كانوا يتزوجون بمهر ، وبغير مهر ، فأراد النبي ﷺ منه أولى الأمرين . قالوا : منفعة يصح [(٤)] أن يبذلها لغيره على وجه التبرع ، فصح أن يبذلها بعوض ، كالخياطة والبناء .

٢٢٦٠٦ – قلنا : يبطل بعيادة المريض وبالعفو عن دم العمد يجوز أن يتبرع به ، ولا يجوز أن يكون مهرًا [(٥)] .

٢٢٦٠٧ – قالوا : قال الشافعي : تعليم القرآن قربة وطاعة ، فإذا جاز أخذ الأجرة على تعليم ما ليس بقربة فالقربة أولى [(٦)] .

٢٢٦٠٨ – وهذا كلام من لا يَعْرِفُ مذهب مخالفه ، لأن عندنا لا يجوز أخذ العوض [على تعليم] [(٧)] شيء قربة كان أو غيرها [(٨)] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) وهذا الحمل إنما يسلم إذا سلمت أدلة الحنفية من الاعتراض والرد عليها .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فصح] .

(٥) انظر : المبسوط (١٠٦/٥) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ١١٤ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) قال في البحر : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه ، فينبغي أن يصح تسميته مهرًا ، لأن ما جاز أخذ الأجرة في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقًا ، ولهذا ذكر في فتح القدير أنه لما جوز الشافعي أخذ الأجرة على تعليم القرآن صحح تسميته صداقًا . فكذا نقول : يلزم على المفتي به صحة تسميته صداقًا . انظر : البحر الرائق (١٦٨/٣) .

مسألة ١٠٨٧

منافع الحر هل تكون مهرًا أم لا ؟

٢٢٦٠٩ - قال أصحابنا : لا يجوز أن تكون منافع الحر مهرًا [١] .

٢٢٦١٠ - قال الشافعي : يجوز ذلك [٢] .

٢٢٦١١ - وذكر ابن سماعة [٣] عن محمد : أنه لو تزوجها على رعى غنمها يجوز [٤] . ولو تزوجها على أن يخدمها لم يجز . وهذه روايةٌ غير المشهورة ، جوز فيها أن تكون منافع الحر مهرًا ، وَمَنَعَ خدمتَهُ لها خاصة [٥] .

٢٢٦١٢ - لنا [٦] : قوله تعالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا

---

(١) انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ١٨٣ ، المبسوط (١٠٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) رؤوس المسائل ص ٤٠٠ للإمام أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري ، تحفة الفقهاء (٢٠٢/٢) ، الهداية (٢٠٧/١) تبيين الحقائق (١٤٦،١٤٥/٢) ، انظر : اللباب (١٥/٣) ، بداية المجتهد (٢٥/٢) ، انظر : الشرح الكبير مع المغني (٨،٧/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) ، الإنصاف (٢٣٠/٨) .

(٢) انظر هذه المسألة في : الأم (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، بداية لمجتهد (٢٥/٦) ، أسهل المدارك (١٠٦/٢) ، الشرح الكبير (٨/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) .

(٣) هو : محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال أخذ العلم عن أبي يوسف ومحمد والمسيب بن شريك ويعلى بن خالد والحسن بن زياد وغيرهم وأخذ عنه أحمد بن أبي عمران البغدادي ، وأبو علي الرزاي ، وغيرهم . قال يحيى بن معين : لو كان أصحاب الحديث يصدقون في الحديث كما يصدق محمد بن سماعة في الرأي كانوا فيه على نهاية ، وقال القاري : من الحفاظ الثقات . ومن مصنفاته : أدب القاضي ، النوادر ، المحاضر والسجلات وروى الكتب والأمالي . مات سنة ٢٣٣ هـ . انظر : تاج التراجم ص ١٨٧ ، الجواهر المضية (١٧٠،١٦٨/٣) ، الفوائد البهية ص (١٧١،١٧٠) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه (١٥٥،١٥٤) ،

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) اختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه ، فعلى رواية الأصل والجامع لا يجوز ، وهي الأصح ، وذكر ابن سماعة في نوادره أنه لو تزوجها على أن يرعى غنمها سنة فالتسمية صحيحة ولها رعي غنمها ، فإذا لم تصح التسمية فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لها مهر مثلها ؛ لأنه سمى مالا يصلح أن يكون صداقًا لها ، فهو كتسمية الخمر ، وعند محمد لها قيمة خدمته ؛ لأن الخدمة متقومة عند العقد ، وإن لم تكن مالًا ، فإذا تعذر سلامتها لها تجب قيمتها ، كما لو تزوجها على عبد فاستحق . انظر : المبسوط (١٠٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، رد المحتار (٣٣٣/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٦/٥) ، رؤوس المسائل ، ٤٠٠ تبيين الحقائق(١٤٥/٢) ، العناية مع =

﴿بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ (١) فشرط في الإباحة أن تبتغى بالأموال ، ومنافع الحر لا يطلق عليها اسم المال ، ألا ترى : أنه يقال للقوى (٢) الفقير : أنه قادر على المال ، ومتمكن منه (٣) .

٢٢٦١٣ - فإن قيل : الآية تقتضي جواز الابتغاء بالمال ، ولا يبتغى غيره إلا من حيث دليل الخطاب (٤)

٢٢٦١٤ - قلنا : ذكر الله المحرمات في الآية ، ثم ذكر الإباحة بشرط (٥) ، فما سوى المشروط داخل تحت التحريم (٦) .

٢٢٦١٥ - فإن قيل : الإباحة حاصلة ، وإن لم يبتغها بالمال باتفاق (٧) .

٢٢٦١٦ - قلنا : [ظاهر الإباحة] (٨) لا توجد وما ليس بمال لا يكون مهرًا قام الدليل على [حصول إلا باحة به] (٩) ، وبقى حكم المهر على الظاهر ، ولأن منفعة الحر ليست بمال لا يستحق تسليمها بتسليم ما هو مال ، كمنفعة البضع (١٠) .

٢٢٦١٧ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم ولا يستحق تسليمها بتسليم مال ، لأنه لو زوجه (١١) بنته على أن يزوجه أمته لم يصح ، وإن استحق بتسليم المنفعة تسليم مال .

٢٢٦١٨ - قلنا : تزويج الأمة لا يستحق به تسليم رقبتها ، فلا يكون منافع بضعها

= الهداية (٣٣٩/٣) ، المغني مع الشرح الكبير (٦/٨) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [القوي] .

(٣) وقد رد ابن قدامة هذا فقال : وقولهم : ليست مالًا ممنوع ، فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها ثم إن لم تكن مالًا فقد أجريت مجرى المال في هذى ، فكذلك في النكاح . انظر : المغني مع الشرح (٧/٨) .

(٤) دليل الخطاب هو ما يعرف عند الأصوليين بمفهوم المخالفة وهو : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، فإن وافق حكم المنطوق فموافقة ، وإن خالفه فمفهوم مخالفة انظر : نهاية السول (٣٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ن) : [شرط] .

(٦) وقد رد الماوردي هذا بأنه قد نقل عنه نطق دليل آخر وهو قوله ﷺ : زوجتكها بما معك من القرآن ، انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥.

(٧) أي أن عقد النكاح بغير تسمية المهر جائزة باتفاق عند الحنفية والشافعية . راجع المبسوط (٦٢/٦) ، انظر : روضة الطالبين (٢٤٩/٧) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [قام الدليل عليه] .

(٩) غير واضح في هامش ص ، وما أثبتناه استنتاج من السياق .

(١٠) انظر : المبسوط (١٠٦/٦) ، الشرح الكبير (٨/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) . وقد رد الشيرازي هذا القياس بأن منفعة الحر كالمال ، لأنه يملك بعقد المعاينة كالمهر ، بخلاف منفعة البضع ، ثم منفعة البضع لا يجوز أن يجعل صداقًا من الآدمية ، وإن كان تسليمه تسليم مال فلم يؤثر فيه الوصف .

(١١) في (ن) ، (ع) : [زوج] .

مهرًا ، لأنه لا يستحق تسليمها بتسليم مال .

٢٢٦١٩ - فإن قيل : لو تزوجها على أن يخيط عبده [ثوبها] [(١)] ، جاز ، وإن لم تستحق [(٢)] تسليم رقبته [(٣)] .

٢٢٦٢٠ - قلنا : لا رواية في هذا ، فظاهر المذهب أنه لا يجوز ، [ولأنها متولدة من رقبة الحر كولده] [(٤)] ، ولا يلزم أم الولد أن ولدها لا يكون مهرًا لها ، ومنافعها تكون مهرًا ، لأن ولدها يكون مهرًا إذا حكم حاكم بتملكه ، ولأن ما لا يكون رقبته مهرًا لا تكون منافعه مهرًا كالخنزير [(٥)] .

٢٢٦٢١ - فإن قيل : يبطل بالوقف ، فإن رقبته [لا تكون] [(٦)] مهرًا ، ومنافعه تكون مهرًا [(٧)] .

٢٢٦٢٢ - قلنا : أعيان الوقف ، يجوز أن تكون مهرًا ، إذا انقضت الأبنية ، جاز أن يجعل ذلك مهرًا .

٢٢٦٢٣ - فإن قيل : المعنى في الخنزير أنه لا يصح أخذ العوض عنه ، وليس كذلك منافع الحر ، لأنه يجوز العوض عنها .

٢٢٦٢٤ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة ، لأن الخنزير يجوز لأهل الذمة أخذ العوض عنه ، وعلة الفرع تبطل بمنافع البضع والطلاق ، والمعوض من دم العمد يجوز المعاوضة على ذلك ، و لا يصح أن تكون مهرًا .

٢٢٦٢٥ - [ولأن منافع الحر لا يتعلق حقوق الغرماء بها فلم يجز أن تكون مهرًا] [(٨)] ، كرقبته [(٩)] ، ولا يلزم منافع العبد ، لأن الغرماء يتعلق بها ، ألا ترى : أن

---

(١) في (ن) : [رثها] ، وفي (ع) : [ثربها] .

(٢) في (ع) : [يستحق] . ، (٣) انظر : المجموع (٣٢٨/١٦) .

(٤) في (م) : [ولأنها متولد من بقية الولد كالحر وهو خطأ] .

(٥) رد الماوردي هذا بأن هذا يبطل بالوقف فإن رقبته تكون مهرًا ومنافعه تكون مهرًا انظر : الحاوي ١٣٥ .

(٦) في (ن) : [لا يكون] .

(٧) اعتراض المخالف على قياس المصنف بأن القياس على الخنزير يبطل بالوقف ، فإن رقبته لا تكون مهرًا ومنافعه تكون مهرًا انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) وجه القياس على الرقبة أن رقبة الحر ليست مالًا ، وكذا منافع الحر ليست أموالًا فلا يصح أن تكون مهرًا .
انظر : الهداية مع فتح القدير والعناية (٣٤٠/٣) ، المبدع (١٣٣/٧) ، الشرح الكبير (٨/٨) . وقد سبق أن رد =

مريضًا لو أجر عبدًا له في مرضه وحابى ، كان للغرماء فسخ حق الإجارة (١) .

٢٢٦٢٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾ (٢) .

٢٢٦٢٧ - قلنا : عقد على منافع تحصل له ، وهذا لا يجوز أن يكون مهرًا باتفاق (٣) ، فيسقط (٤) التعلق به .

٢٢٦٢٨ - فإن قيل : إنما أضاف الإجارة إلى نفسه ، كما يضيف الوكيل إلى نفسه .

٢٢٦٢٩ - قلنا : ظاهر اللفظ أنها إضافة استحقاق ، ولأنه استأجره لرعى غنمه فكيف تكون (٥) المنافع لها .

٢٢٦٣٠ - فإن قيل : فالآية قد دلت (٦) على أن منافع الحر يجوز النكاح بها ، وأن يكون المولى فسخ أحد الأمرين فيفى الآخر .

٢٢٦٣١ - قلنا : إذا جاز العقد بعوض ، لا يحصل لها ، دل أنه ليس من شرطه العوض [في شريعتهم] (٧) وإذا لم يكن العوض شرطا ، لم يعتبر صفات العوض (٨) فأما في شريعتنا فالعوض واجب ، فلذلك جاز اعتبار صفاته ، ولأنه قال : « على أن تأجرني (٩) » وهذا يفيد أنه عقد على منافعه إجارة ، ومتى استأجر منافع الحر جاز أن يجعل عوضها مهرًا عندنا (١٠) ، فالآية وردت في موضع اتفاق (١١) .

٢٢٦٣٢ - قالوا : منفعة يجوز إجارتها ، فجاز أن تجعل صداقا كمنفعة العبد (١٢) .

= المخالف على هذا : بأن منافع الحر وإن لم تكن مالًا إلا أنها أجريت مجرى المال أنها يجوز المعاوضة عنها وبها .

(١) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) .

(٢) سورة القصص : الآية ٢٧ . ووجه الدلالة أن المراد عمل ثماني حجج ، فأسقط ذكر العمل ، واقتصر على المدة لأنه مفهوم ، والعمل لرعي الغنم فجعل رعي موسى ثماني سنين صداقًا لبنته ، وهذا نص . انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥ ، المغني مع الشرح الكبير (٦/٨) ، المنتقى (٢٧٧/٣) للباجي .

(٣) رد الماوردي هذا بأنه أضاف ذلك إلى نفسه مجازًا لقيامه فيه بنفسه وإلا فهو دونه . انظر الحاوي ١٣٦ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فسقط] .

(٥) في (ن) : [يكون] .

(٦) في (ن) : [دلل] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) في (م) : [المعوض] .

(٩) القصص : ٢٧ .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي ١٣٧ ، تحفة الفقهاء (٢٠٢/٢) .

(١٢) انظر : المنتقى للباجي (٢٧٧/٣) ، المغني مع الشرح (٧/٨) المبدع (١٣٣/٧) .

٢٢٦٣٣ - قلنا : منفعة العبد يجوز استحقاقها بسبب البيع ، وما جاز استحقاقها بسبب النكاح ، ولأن منفعة العبد يتعلق [(١)] حق [(٢)] الغرماء بها [(٣)] فجاز أن تكون مهرًا ، ومنفعة الحر لا يتعلق حق الغرماء بها فلم تكن مهرًا [(٤)] .

٢٢٦٣٤ - قالوا : عقد يجوز على منفعة العبد فجاز على منفعة الحر قياسًا على عقد الإجارة .

٢٢٦٣٥ - قلنا : عقد الإجارة يجوز أن يعوض على المنفعة نوعها ، وهو أن يستأجر دارا بمنافع دكان [(٥)] ، فجاز أن يكون عوضها منفعة حر ، وعقد النكاح لا يجوز أن يعوض عنها نوعها ، فلم يجز أن يتعوض عنها منفعة الحر ، أو نقول : المعنى في الإجارة أنه يجوز أن يملك المعقود عليه فيها بغير عوض ، فجاز أن يملك بعوض ليس بمال ، والمملوك في النكاح لا يملك إلا بعوض ، فجاز أن لا يتعوض عنه إلا ما هو مال ، أو يستحق بتسليمه تسليم مال .

* * *

---

(١) في (م) : [تعلق] .
(٢) في (ن) : [يحق] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : الهداية مع الفتح والعناية (٣/ ٣٤٠) .
(٥) قال في العناية : تصلح المنفعة أجرة إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر دارًا بركوب دابة ولا تصلح ثمنًا أصلًا . انظر : العناية (٩/٦٢،٦٣) .

مسألة ١٠٨٨

إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج أو ردَّه بعيب وجبت قيمته

٢٢٦٣٦ - قال أصحابنا : إذا هلك العبد المسمى في يد الزوج أو ردَّه بعيب [1] وجب عليه قيمته [2] .

٢٢٦٣٧ - وهذا أحد قولي [3] الشافعي .

٢٢٦٣٨ - وقال : في الجديد يرجع بمهر المثل .

٢٢٦٣٩ - لنا : أن التسمية صحت في نكاح صحيح فلا يرجع إلى مهر المثل . أصله : إذا كان باقيا .

٢٢٦٤٠ - ولأن الرجوع إلى مهر المثل ، لا يجب مع بقاء العين في يدها ، فلا يجب بعد ردها . أصله ، إذا تزوجها على عبد في ذمته [4] ، فسلمه إليها ، فوجدت به عيبا [5] . ولأن السبب الموجب لتسليم العين لا ينفسخ بهلاكها ، وهو عقد النكاح ، فإذا هلكت ولم يتلف من هلكت في يده لا يرجع بقيمته ، كالمغصوب [6] ، ولا يلزم

(١) في (ن) ، (ع) : [بالعيب] .

(٢) إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج فهل يرجع إلى بدل العين أم إلى مهر المثل ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :المذهب الأول : ذهب أبو حنيفة ومالك - في أحد قوليه - والشافعي - في أحد قوليه - وأحمد إلى أن الصداق إذا هلك قبل التسليم لا تبطل التسمية ، ولكن يجب على الزوج مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن لم يكن له مثل . انظر : المبسوط (٧٠/٥) فتح القدير (٣٨٨/٣) ، البناية على الهداية (٢٣٨/٤) ، بداية المجتهد (٣٥/٢) ، المهذب (٥٧/٢) ، المبدع (١٤٣/٧) . المذهب الثاني : ذهب إليه مالك في القول الثاني والشافعي في القول الجديد ، وهو أن الصداق إذا هلك في يد الزوج قبل التسليم وجب على الزوج مهر المثل . انظر : بداية المجتهد (٣٥/٢) ، الحاوي للماوردي (٢٣٨/٢٣٧) ، مختصر الطحاوي ١٨٦ المبسوط (٧٠/٥) ، الشرح الصغير (٤٢٠/٣) ، المبدع (١٤٣/٧) ، الإنصاف (٢٦١/٨) المهذب (٥٧/٢) ، الأم (٦٥،٦٤/٥) الحاوي للماوردي (٢٣٨،٢٣٧) .

(٣) في (ن) : [قول] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ذمتها] .

(٥) انظر: فتح القدير (٣٨٨/٣) .

(٦) المغصوب إن كان مما لا مثل له وهلك في يد الغاصب فعلى الغاصب قيمته يوم غصبه ، قال في البدائع ، وإن كان مما لا مثل له من المزروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته ، لأنها المثل الممكن ، والأصل في ضمان القيمة ما روي أن رسول الله ﷺ قضى في عبد شريكين أعتق أحدهما نصيبه فقضى بنصف قيمته للذي لم يعتق ، أخرجه الدارقطني في سننه (٣٥/٤) والنص الوارد في العبد يكون في إتلاف كل ما لا مثل له دلالة . =

إذا أعتق عبده على جارية فهلكت ، لأن العبد أتلف على المولى بدخوله في العقد ، وقبوله رق نفسه ، وهو مال .

٢٢٦٤١ – فإن قيل : لا نسلم أن السبب الموجب للتسليم ، لم ينفسح في الأصل ، ولا في الفرع ، لأن المهر سبب تسليمه التسمية لا عقد النكاح بدلالة أن التسمية عقد منفرد [١] عن المهر ، وهذا يصح أن يوجد بعده و [معه] [٢] ، وفسادها لا يوجب فساده ، فهو كالرهن في البيع ، فإذا هلك الرهن ، فسدت التسمية الموجبة لتسليمه ، وإن كان العقد لم يفسد . وأما الغصب فإنما هو : إمساك العين على وجه التعدي . فهلاك العين يبطل الغصب ، ويسقط وجوب التسليم ، وينقل الحكم إلى القيمة [٣] .

٢٢٦٤٢ – قلنا : السبب الموجب لتسليم المهر هو عقد النكاح [بدلالة أنه بدل عن [٤] البضع ، فالمعقود عليه عقد النكاح] [٥] فتسليمه يجب به ، كما يجب تسليم الثمن بعقد البيع فكيف يتصور أن البدل والمبدل [٦] كل واحد منهما يعقد عليه عقد منفرد ، حتى يستحقا بعقدين ، وإنما يجب المهر بالعقد إن سماه ، وإن لم [٧] [يسمه] [٨] ، وجب مهر [٩] المثل [١٠] .

٢٢٦٤٣ – والتسمية بعد العقد تقدير منهما لما وجب بالعقد ، عين معينة ، فأما أن يكون عقد آخر فلا . وأما الغصب : فهو نقل العين ، فإذا هلكت استقر ما تعلق بتلك اليد في الضمان [١١] .

٢٢٦٤٤ – فلا يقال : زال السبب ، كما [لا يقال : في هلاك المبيع بعد القبض ، إن البيع انفسخ [١٢] فعلم أن الوصف صحيح في الأصل والفرع ، ولأن وجوب مهر

= بدائع الصنائع (١٥١/٧) .

(١) في (ن) ، (ع) : [ينفرد] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [فعه] .

(٣) أي أن السبب الموجب لتسليم الصداق عند المخالف هو عقد الصداق ، وهو فرضه وتسميته ، وقد زال ذلك بتلفه . ويخالف المغصوب فإنه مضمون باليد ، فاستقر ضمانه ، وهذا مضمون بالعقد ، فإذا تلف قبل التسليم انفسخ العقد كالبيع .

(٤) في (م) : [على] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) : [فالمبدل] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) ،

(٨) في (ن) ، (ع) : [نسيه] .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) انظر : المبسوط (٦٢/٥،٦٣) ، الهداية (٢٠٤/١،٢٠٥) .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٧،١٥٢) .

(١٢) إذا هلك المبيع بعد القبض . إن كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع ، =

المثل] (١) - لا يخلو أن يكون وجوبه بالعقد ، أو بتعذر تسليم المهر ، فلا يجوز أن يكون وجب بالعقد ، لأن التسمية في العقد صحيحة ، فلا يجب به مهر المثل ، ولا يجوز أن يجب بتعذر تسليم المهر ، لأن هلاك المهر لم يوجب رد البضع على المرأة ، حتى يلزمه قيمته ، وإن تعذر رده .

٢٢٦٤٥ - ألا ترى أنه لو وجب بتعذر رد البضع لكان إذا طلقها قبل الدخول لم (٢) يلزمه شيء ، لأنه فعل المستحق فلما لم يسقط عنه البدل دل على أنه لا وجه لإيجاب قيمة البضع .

٢٢٦٤٦ - احتجوا : بأنه عوض معين ، تلف قبل تسلميه إليها (٣) وتعذر/ الرجوع بالعوض ، فوجب الرجوع إلى قيمته . أصله : إذا اشترى عبدا بثوب ، وقبض العبد ، ولم يسلم الثوب حتى تلفا جميعا (٤) . ٢٥٣/ب

٢٢٦٤٧ - قلنا : هناك وجب رد ما في مقابلة العوض ، فلما تعذر رده وجب الرجوع إلى قيمته . وفي مسألتنا لم يجب رد العوض الذي هو البضع ، فلم يجب الرجوع إلى قيمته . نبين (٥) الفرق بينهما أنه لو كان العوض في البيع باقيا فرده سقط عنه الضمان (٦) ولو رد البضع (٧) بالطلاق قبل الدخول لم يسقط (٨) عنه الضمان (٩) ، ولو كان مهر المثل وجب بتعذر رده البضع لسقط (١٠) برده (١١) .

٢٢٦٤٨ - قالوا : تعذر على الزوج تسليم ما عينه صداقا في نكاح صحيح ، فوجب الرجوع إلى مهر المثل . أصله : إذا أصدقها عبدا فظهر حرا (١٢) .

٢٢٦٤٩ - قلنا : هناك التسمية لم تصح (١٣) ، ومتى لم تصح التسمية وجب مهر

= والهلاك على المشتري وعليه الثمن . وإن كان بفعل البائع فإن كان المشتري قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فهو على البائع ، وإن كان قبض بغير إذن البائع صار مستردًا للبيع بالاستهلاك ، فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن ، انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين سقط من (ن) ، (ع) . (٢) في (م) : [أن] .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) انظر : الحاوي للماوردي ٢٣٨ .

(٥) في (ع) : [ويبين] . (٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٠/٥)

(٧) في (ن) ، (ع) : [للبضع] . (٨) في (ن) : [سقط] .

(٩) انظر : البحر الرائق (١٥٤/٣) . (١٠) في (ن) ، (ع) : [لفظ] .

(١١) في (ن) ، (ع) : [رده] .

(١٢) انظر : الحاوي للماوردي ٢٣٨ ، النكت ورقة ٢١١ .

(١٣) في (م) (ن) : [يصح] .

المثل بالعقد [1] ، وفي مسألتنا صحت التسمية ، فلم يجب مهر المثل بالعقد ، ولم يجب رد البضع بهلاك العوض حتى يرجع إلى قيمته عند تعذر رده .

* * *

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣/١٧٦،١٧٧) .

مسألة ١٠٨٩

إذا تزوجها على عبد مطلق صحت التسمية

٢٢٦٥٠ – قال أصحابنا إذا تزوجها على عبد مطلق صحت [1] التسمية ، ووجب لها عبد وسط [2] .

٢٢٦٥١ – وقال الشافعي : التسمية باطلة ولها مهر مثلها [3] .

٢٢٦٥٢ – لنا : قوله ﷺ : « أدوا العلائق . قيل : يا رسول الله وما العلائق ، قال : ما تراضى عليه الأهلون . ولم يُفصِّل » [4] .

٢٢٦٥٣ – ولأن الحيوان المطلق لو لم يجز ثبوته في هذا العقد لم ينعقد من غير تسمية [5] بدل . أصله : البيع [6] .

٢٢٦٥٤ – ولأن المهر في النكاح يتعلق به حق الله تعالى على قدمنا [7] ، والحيوان إذا ثبت في الذمة لحق الله تعالى ثبت مطلقا . أصله : الزكوات [8] .

٢٢٦٥٥ – ولأن النكاح سبب يثبت به الحيوان في الذمة ، فجاز أن يثبت مطلقا

---

(١) في (ن) ، (ع) : [صح] .

(٢) المسمى إن كان معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو شاة أو ثوب هروي فإنه تصح التسمية عند الأحناف ويجب الوسط منه .انظر : المبسوط (٦٨/٥) ، تحفة الفقهاء (٢٠٥/٢) ، فتح القدير (٣٥٤/٣) ، الاختيار (٤٦/٣٠) ، اللباب (٢٠/٣) ، وهذاما ذهب إليه الإمام مالك والقاضي من الحنابلة . انظر : الشرح الصغير (٢٠٩/٣) ، شرح الزرقاني على مختصر العلامة خليل (٥،٤) للعلامة عبد الباقي بن يوسف الزرقاني .

(٣) وبه قال الإمام أحمد في الصحيح من المذهب . انظر : المهذب (٥٦/٢) ، المبدع (٧ /١٣٧، ١٣٨)، المغني (١٦/٨، ١٩) .

(٤) نوقش هذا الاستدلال بأن المراد بالخبر ما تراضى عليه الأهلون مما يصلح عوضًا بدليل سائر ما لا يصلح . انظر : المبدع (١٣٨/٧) . وأن الحديث في إسناده محمدَ بن عبد الرحمن البيلماني ، قال البخاري عنه: منكر الحديث .

(٥) ففي (م) : [التسمية] .

(٦) هذا قياس مع الفارق لأن الفرع يجوز عقده بدون بدل . قال في بدائع الصنائع ما نصه : لاخلاف أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء) الآية رفع الله الحرج عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه ، والطلاق لا يكون إلا بعد نكاح ، فدل على جواز النكاح بلا تسمية . انظر : بدائع الصنائع (٢٧٤٤/٢) .

(٧) راجع ص ٢٥ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الزكاة] .

كالقتل [١] . ولا يلزم البيع ، والسلم [٢] والإجارة ، لأن هذه العقود لا يثبت بها الحيوان في الذمة عندنا . [٣] ولأن ذلك بدل عما ليس بمال ، [فإذا ثبت الحيوان [٤] في الذمة ، [جاز أن يثبت مطلقا ، كالديات] [٥] .

٢٢٦٥٦ - فإن قيل : المعنى في الدية إنما] [٦] تجب بالفعل ، وفي مسألتنا وجب المهر بالعقد .

٢٢٦٥٧ - قلنا : [٧] الزكاة لا تجب بالفعل ، وتثبت مع جهالة الصفة ، [٨] ولأن « الدية » يثبت فيها الحيوان مجهولا ، وإن وجبت بالعقد عندنا ، كمن صالح من دم العمد على الدية [٩] ، و [لأن ما جاز] [١٠] أن يثبت في الذمة حكما بدلا عما ليس بمال جاز أن يثبت قصدا [١١] كالديات [١٢] .

٢٢٦٥٨ - احتجوا : بأنها تسمية مجهولة ، فلا تثبت في النكاح كالدار ، والثوب .

٢٢٦٥٩ - وربما قالوا : ما لا يصح أن يثبت بدلا في [البيع ، لم يصح أن يثبت بدلًا في] [١٣] النكاح ، كالثوب ، والدار [١٤] .

٢٢٦٦٠ - قلنا : الثوب مجهول الجنس ، والصفة ، ومهر المثل مجهول القدر معلوم الصفة ، فكان الرجوع إلى مهر المثل أعدل ، و [١٥] القاضي إنما يحكم بالأعدل .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٥٠/٢) ، المبدع (١٣٧/٧) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [السلام] وهو تحريف .

(٣) الحيوان لا يثبت في الذمة في عقد البيع والسلم والإجارة ، وهذا عند الحنفية . أما عند الشافعية فكل ما يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب وغير ذلك يجوز أن يثبت في الذمة في عقد البيع والسلم والإجارة ، انظر : المهذب (٢١١/٢، ٢٩٧) ، نتائج الأفكار (٦٢/٩) ، الهداية (٧١/٣) ، الاختيار (٣٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [فقلنا] .

(٨) انظر : المبسوط (٦٨/٥) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) ، فتح القدير (٣٥٤/٣) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [ولأن من كان يجوز] .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٤) قاعدة : « ما لا يصح أن يثبت بدلًا في البيع لم يصح أن يثبت بدلًا في النكاح كالثوب والدار » .

(١٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٢٦٦١ – وفي مسألتنا الجنس معلوم ، وإنما تجهل الصفة ، وهذه الجهالة دون جهالة مهر المثل ، ألا ترى : أن القاضي لا يحتاج إلى أكثر من اعتبار أعلى العبيد [١] ، وأدونها [٢] ، فيوجب الوسط ، وفي مهر المثل يحتاج إلى اعتبار مهر [٣] نسائها ، فإذا تحصلت اعتبر الوسط ، فلو انتقلنا عن المسمى المذكور [٤] المجهول ، انتقلنا إلى ما هو أكثر جهالة منه ، وهذا لا يصح . [٥] وأما الدار فلا يصح ثبوتها في الذمة ، فلذلك لم يجز العقد عليها غير معينة ، لا لجهالة صفتها [٦] .

٢٢٦٦٢ – قالوا : عقد معاوضة ، فلا يثبت فيه الحيوان مطلقا ، كالسلم ، والبيع [٧] .

٢٢٦٦٣ – قلنا : هناك لم يثبت الحيوان المجهول ، فلم تنتقل إلى جهالة هي أعظم منها ، لأنا نبطل العقد فلم [٨] يكن بنا حاجة إلى الجهالة . وفي مسألتنا لو أبطلنا التسمية انتقلنا [٩] إلى جهالة أعظم منها ، وهي جهالة مهر المثل فلذلك افتراقا . ولأن المعنى في البيع أن القيمة لا تثبت بدلا في صحيحه ، فلذلك لم يثبت الحيوان المطلق ، ولـمَّا جاز أن تثبت قيمة المعقود عليه بدلا في نكاح صحيح جاز أن يثبت الحيوان المطلق .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [العبد] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [وما دونها] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [مهور] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) انظر : راجع المبسوط (٦٨/٥،٦٩) ، بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) . أما القول بأن جهالة معلوم الجنس ومجهول الصفة أقل من جهالة مهر المثل ، فقد نوقش هذا بأنه لو كان هذا صحيحًا لجاز بالثوب المطلق لأنه معلوم الجنس والقدر ، ثم مهر المثل لا يجب بالعقد وإذا سمى المهر لم يرجع إليه ، وإنما يجب بفوات البضع بالعقد ، فهو كالقيمة في البيع الفاسد ، وهاهنا يجب بالتسمية فهو كالثمن في البيع . ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ،فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذًا معلومًا ، والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد . انظر : المغني (٢٠/٨) .
(٦) انظر : المبسوط (٦٩/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [المبيعي] . انظر : الشرح الكبير (١٧/٨) ، المغني مع الشرح (١٩/٨) .
(٨) في (م) : [لم] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [أبطلنا] .

مسألة ١٠٩٠

حكم نماء الصداق المنفصل في يد الزوج

٢٢٦٦٤ - قال أصحابنا : إذا تزوجها [(١)] على جارية فولدت ، أو شجر فأثمر في يده ، ثم طلقها قبل الدخول ، كانت الزيادة مهرًا ، وانقسمت بينهما .

٢٢٦٦٥ - وقال الشافعي [(٢)] : إن حدث الحبل بعد العقد لم ينقسم قولا واحدا . وإن كان عند العقد ، ففيه قولان [(٣)] .

٢٢٦٦٦ - لنا : أن هذا الولد يجب تسليمه بعقد النكاح ، بدلالة أنها لو امتنعت من تسليم نفسها وجب عليه تسليمه ، [وما وجب تسليمه] [(٤)] بالنكاح فهو مهر ، والمهر ينقسم بالطلاق [(٥)] .

٢٢٦٦٧ - ولا يلزم إذا تزوجها على خدمة عبد ، لأن الواجب تسليم الخدمة ، إلا أنه لا يتمكن من تسليمها إلا بتسليم العبد ، فلم يجب تسليم العبد بالعقد ، وإنما يجب بوجوب تسليم المنافع التي [لا تستوفى] [(٦)] إلا بتسليمه [(٧)] ولأن وجوب التسليم حق مستقر في الرقبة [(٨)] فيسرى إلى الولد كالمال والاستيلاد . ولا يقال المعنى في الاستيلاد

---

(١) في (ن) ، (ع) : [زوجها] .

(٢) وبه قال الإمام مالك ، قال ابن جزي : ما حدث من الصداق من زيادة أو نقصان قبل البناء فالزيادة لهما والنقصان عليهما وهما شريكان في ذلك سواء قبضته أو لم تقبضه . أنظر : قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٢١٤ لمحمد بن أحمد بن جزي ط دار العلم للملايين ببيروت ، المبسوط (٧١/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٩/٢) ، المدونة (٧٧/٤) أسهل المدارك (١١٧/٢) .

(٣) أحدهما : أنه يكون تبعًا لا يتميز بحكم ، فعلي هذا إذا طلقها قبل الدخول كان لها جميع الولد . الثاني : أن له حكما يتميز ، فعلى هذا يكون الأم والحمل صداقًا . انظر : الحاوي للماوردي (٢٢٨/١٣٢) ، المهذب (٥٨/٢) . وقام الإمام أحمد : الزيادة لها مطلقًا ، سواء كانت عند القعد أو بعد العقد . راجع المبدع (١٥١/٧) . المغني (٩١/٥) . الشرح الكبير (٥٢/٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) ، (ص) : [لا يستوفي]

(٧) في (ن) ، (ع) : [تسليمه] . انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الرق] .

[أنه بنى] (١) على التغليب لأن الملك يسرى إلى الولد لم يبن على التغليب ، ولأنه ولد (٢) حدث قبل تمام الملك في الأم فكان تابعا لها في ، وحكم الملك ، كما لو حدث في المبيعة في المجلس (٣) أو في مدة الخيار (٤) .

٢٢٦٦٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (٥) .

٢٢٦٦٩ – قلنا : يحتمل أن يكون « فالمهر نصف ما فرضتم » ، ويحتمل : « فلكم نصف ما فرضتم » ، [فإن كان المراد به (٦) فالمهر نصف ما فرضتم] (٧) ، اقتضى أن يكون الولد كله للزوج ، وإن كان المراد به [فلكم نصف ما فرضتم] (٨) اقتضى أن يكون الولد كله (٩) للزوجة ، فسقط التعلق به .

٢٢٦٧٠ – قالوا : إنما (١٠) حصل في ملكها ، فوجب أن لا يتصف بالطلاق . أصله : الكسب ، إذا ولدت – بعد الطلاق (١١) .

٢٢٦٧١ – قلنا : إذا ولدت بعد القبض فقد حدث الولد بعد تمام الملك في الأم ، [فلم يتعلق به حق التمليك] (١٢) ، وقبل القبض حدث ، وتمام الملك في الأم] (١٣) ،

---

(١) في (ن) : [لأنه] ، وفي (ع) : [ولأنه] . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) قال في المبسوط : والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجودة وقت العقد ، بدليل المبيعة : فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض . انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٤) قال في البحر نقلًا عن الخانية : « الأولاد والأكساب إذا كان الخيار للبائع تدور مع الأصل ؛ فإن أجيز كانت للمشتري ، وإن فسخ كانت للبائع . وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع فكذا الجواب . وإن حدثت عند المشتري كانت له ، تم البيع أو انتقض : انظر : البحر الرائق (١٩/٦) .

(٥) البقرة : (٢٣٧) . ووجه الدلالة من الآية أنه لم يوجب الرجوع إلا بنصف المفروض ، وليس الولد مفروضًا . انظر : الحاوي للماوردي ٢٢٨ . الشرح الكبير (٥٣/٨) في ، المغني (٩١/٨) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [أن] .

(١١) هكذا في جميع النسخ [الطلاق] وهو خطًا وصحته [وإذا ولدت بعد القبض] . انظر الحاوي ٢٢٩، الشرح الكبير (٥٣/٨) المغني (٩١/٨) .

(١٢) البحر الرائق (١٩/٦) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

فصار كالولد الحادث في مدة الخيار ، وأما الكسب فلأن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسرى إلى الاكتساب ، فلم يكن الكسب مهرًا فلم ينقسم ، والحقوق المستقرة تسرى إلى الأولاد فصار الولد مهرًا [فانقسم بالطلاق] [1] .

* * *

(١) في (م) : [مكررة] . انظر : المبسوط (٥/٩١،٧٢) .

إذا تزوجت المرأة بغير مهر أو على أن لا مهر لها

٢٢٦٧٢ – قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة بغير مهر ، » أو على أن لا مهر لها « ثم مات أحدهما فلها مهر مثلها (١) .

٢٢٦٧٣ – وقال الشافعي : المفوَّضة (٢) ....

(١) إجمال آراء الفقهاء في المفوضة أنه :
لا خلاف على أن النكاح إذا عقد بدون صداق فالنكاح جائز لقوله : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ والخلاف فيما إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا . ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا تزوجت بغير مهر ثم مات الزوج فللمرأة مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط .انظر بداية المجتهد (٣١/٢) ، مختصر الطحاوي ١٨٤ ، المبسوط (٦٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) ، شرح فتح القدير (٣٢٥/٣٢٤/٣) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، والمسألة في اللباب (١٥/٣) ، الشرح الكبير (٨١/٨ ، ٨٣ ، المبدع (١٦٨،١٦٦/٧) ، المغني (٥٨/٨) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، الأم (٧٤/٥) . وذهب الإمام مالك والشافعي في أحد قوليه إلى أن الزوج إذا مات قبل تسمية الصداق فليس للمرأة صداق ولها المتعة والميراث . انظر : بداية المجتهد (٣٣/٢) ، المدونة (٨٨/٤) ، التفريع (٥٢،٥١/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٠،٢٧٩/٧) .
أما إذا شرطا ألا مهر لها في عقد الزواج فقد ذهب أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا تزوجت على أن لا مهر لها ثم مات زوجها فلها مهر مثلها لا وكس ولا شطط . انظر : فتح القدير (٣٢٥،٣٢٤/٣) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، رد المحتار (٣٣٤/٢) ، المبدع)(١٦٨،١٦٦/٧) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) . وذهب الإمام مالك إلى أنه لو عقد على إسقاطه لكان فاسدًا يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل . وذهب الشافعي في القول الثاني إلى أنه يجب لها المتعة والميراث ولا صداق لها . انظر : روضة الطالبين (٢٨٠/٨) .
(٢) في (م) : [أو على أن المهر لها] قال في الكتاب وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها . انظر : اللباب (١٥/٣) . لكن لا خلاف بين العلماء أن النكاح إذا عقد بدون صداق فالنكاح جائز ، لقوله ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ انظر : بداية المجتهد (٣١/٢) . انظر : مختصر الطحاوي ١٨٤ ، المبسوط (٦٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) ، شرح فتح القدير (٣٢٥،٣٢٤/٣) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، والمسألة في اللباب شرح الكتاب (١٥/٣) ، الشرح الكبير (٨٣،٨١/٨) ، المبدع (١٦٨،١٦٦/٧) ، المغني (٥٨/٨) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، الأم (٧٤/٥) . =

بفتح الواو [(١)] على ضربين : مفوضة المهر ، وهي التي تتزوج على ما يتفقان عليه ، أو على خمر فلها مهر مثلها إن مات عنها ، ومفوضة البضع ، وهي البالغة الرشيدة يزوجها الولي باختيارها بغير مهر مسمى ، أو يقول [(٢)] على أن لا مهر لها ، أو يزوج [(٣)] البكر غير الأب والجد برضاها ، فإن مات الزوج فعليها العدة ، ولا مهر لها في أحد القولين ، والقول الآخر مثل قولنا [(٤)] .

٢٢٦٧٤ - فأما الصغيرة ، والمجنونة ، والبكر إذا أكرهها أبوها ، [فلا تكون] [(٥)] مفوضة ، ولها مهر مثلها . والأمة إذا فوضها مولاها فلا مهر لها . وإن تزوجها على أن لا مهر لها في الحال ، ولا في الثاني ففيه وجهان [(٦)] أحدهما : أنها مفوضة ، والآخر : النكاح باطل [(٧)] .

٢٢٦٧٥ - والكلام في هذه المسألة في فصلين أحدهما في نفس المسألة ، والآخر في أن المهر يجب في المفوضة بالعقد [(٨)] ، وعند مخالفنا بالدخول [(٩)] .

= بداية المجتهد (٣٣/٢) ، المدونة (٨٨/٤) ، التفريع (٥٢،٥١/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٠،٢٧٩/٧) . فتح القدير (٣٢٥،٣٢٤/٣) ، رد المحتار (٣٣٤/٢) . وذهب الإمام مالك والشافعي في أحد قوليه إلى أن الزوج إذا مات قبل تسمية الصداق فليس للمرأة صداق ، ولها المتعة والميراث . وذهب الإمام مالك إلى أنه لو عَقَدا على إسقاطه لكان فاسدًا يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل . وذهب الشافعي في القول الثاني إلى أنه يجب لها المتعة والميراث ولا صداق لها . انظر : روضة الطالبين (٢٨٠/٨) .

(١) المفوضة « بفتح الواو » لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج وتسمى مفوِّضة بكسر الواو لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر ، قال في البحر : والفتح أفصح .
انظر : مغني المحتاج (٢٢٩/٣) ، زاد المحتاج إلى شرح المنهاج (٢٩٠/٣) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [نقول] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [تزوج] .

(٤) قال في روضة الطالبين : « واختلفوا في الأظهر منهما فرجح صاحب التقريب والمتولي : الوجوب ، ورجح العراقيون والإمام البغوي والروياني : أنه لا يجب ، قال النووي : قلت الراجح ترجيح الوجوب » . انظر : روضة الطالبين (٢٨١/٧) .

(٥) في (ن) : [يكون] .

(٦) الوجوه في المذهب الشافعي لأصحابه المنتسبين إلى مذهبه يخرجونها على أصوله ويستنبطونها من قواعده ويجتهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله . انظر : المجموع (٦٥/١) .

(٧) انظر : الأم (٧٥،٧٤/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٧-٢٨٢) ، مغني المحتاج (٢٢٩/٣-٢٣٠) ، نهاية المحتاج (٣٤٧/٦) .

(٨) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط (٦٢/٥) ، المبدع (١٦٧/٧) ، الأنصاف (٢٩٧/٨) .

(٩) قال في روضة الطالبين فيه قولان أظهرهما أنه لا يجب بنفس العقد انظر : روضة الطالبين (٢٨١/٧) . وقال الإمام مالك : لا يجب للمفوضة مهر المثل إلا بالوطء ولو كان حراما . انظر : الشرح الصغير (٢٣٤/٣) .

٢٢٦٧٦ - أما الكلام في نفس المسألة فالدليل عليه : ما روى سفيان [١] عن منصور [٢] ، عن إبراهيم [٣] ، علقمة [٤] ، عن عبد اللّٰه أنه أتى في امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن فرض لها شيئًا ، و لم يدخل بها ، فسألوه مهرها [٥] ، فقال عبد اللّٰه : أقول برأيي [٦] ، فإن يكون خطأ فمن نفسي ، [وإن يكن] [٧] صوابا فمن اللّٰه : لها صداق مثلها ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام [معقل بن سنان] [٨] الأشجعي [٩] ،

---

(١) في (ن) : [سفين] . هو : سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أبو عبد اللّٰه الكوفي ، روى عن : إبراهيم بن عبد الأعلى وزيد بن أسلم وإبراهيم بن عتبة وأسلم المنقرى وجابر الجعفى وحميد الطويل وغيرهم ، وروى عنه أمية بن خالد وسليمان الأعمش وعيسى بن يونس وعلى بن الجعد وغيرهم . قال الحافظ أبو بكر الخطيب : كان إمامًا من أئمة المسلمين ، وعلما من أعلام الدين ، مجمعا على أمانته ، بحيث يستغني عن تزكيته مع الإتقان والحفظ والمعرفة والضبط . قال محمد بن سعد أجمعوا على أنه مات سنة (١٧١) هـ بالبصرة . انظر تهذيب الكمال (١١/١٥٤-١٦٩) ، التاريخ الكبير (٢/٩٢-٩٣) ، الجرح والتعديل (٤/٢٢٢-٢٢٥) .

(٢) منصور بن المعتمر بن عبد اللّٰه بن ربيعة روى عن زيد بن وهب وإبراهيم النخعي والحسن البصري وأبي وائل وغيرهم وروى عنه أيوب ، والأعمش والثوري وشعبة ومسعر وغيرهم . قال العجلى : ثقة ثبت في الحديث ، كان أثبت أهل الكوفة ، مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠/٣١٢-٣١٥) ، تذكرة الحفاظ (١/١٤٢-١٤٣) ، طبقات السيوطي ص ٥٩ .

(٣) هو : إبراهيم بن سويد النخعي الكوفي الأعور . روى عن : الأسود بن يزيد ، وعلقمة بن قيس وغيرهم ، وروى عنه : الحسن بن عبيد اللّٰه ، وزيد بن الحارث ، وسلمة بن كهيل وغيرهم ، قال الدارقطني : ليس في حديثه شيء منكر . مات سنة ١١٥ هـ - انظر : تهذيب الكمال (١/١٠٤) ، ميزان الاعتدال (١/٣٧) تهذيب التهذيب (١/١٢٦) التاريخ الكبير (١/٢٩٠) .

(٤) علقمة بن قيس بن عبد اللّٰه بن أكهل ، ولد في أيام الرسول ﷺ ، روى عن عمر ، وعثمان ، وعلى ، وسلمان ، ومصعب ، وعمار وغيرهم وروى عنه الشعبي ، وإبراهيم النخعي ، وابن سيرين ، وأبو وائل وغيرهم قال أحمد بن حنبل : علقمة ثقة . مات في خلافة يزيد وقيل سنة ٦١ هـ وقيل ٦٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤/٥٣-٦١) ، تذكرة الحفاظ (١/٤٨) ، تهذيب التهذيب (٧/٢٧٦) ، التاريخ الكبير (٧/٤١) .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [برأي] .

(٧) في (ن) : [يكون] .

(٨) في النسخ : [معقل بن يسار] الصحيح ما أثبتناه .

(٩) هو : معقل بن سنان بن « مظهر » . . . بن أشجع الأشجعي روى عن النبي ﷺ وروى عنه من أهل الكوفة علقمة ومسروق . شهد فتح مكة ثم أتى المدينة فأقام بها ، وهو الذي روى حديث بروع بنت واشق . مات مقتولا يوم الحرة صبرا سنة ٦٣ هـ وقد قتله مسلم بن عقبة لما ظفر بأهل المدينة . انظر : الإصابة (٦/١٨١-١٨٣) ، أسد الغابة (٥/٢٣٠،٢٣١) ، الاستيعاب (٣/١٤٣١-١٤٣٢) .

فقال : قضى رسول الله ﷺ في تزويج بنت واشق [1] الأشجعية [2] ، مثل ما قضيت ، ففرح بذلك [3] ، ورواه حماد بن سلمة [4] ، عن داود بن أبي هند [5] ، عن الشعبي ، عن علقمة [6] ، عن ابن مسعود [7] ورواه [الجراح بن الجراح] [8] ومعقل بن سنان [9] .

(١) في (ن) ، (ع) : [واسق] .

(٢) بروع بنت واشق الكلابية زوج هلال بن مرة . مات عنها زوجها ولم يفرض لها صداقا فقضى لها رسول الله ﷺ بمثل صداق نسائها . انظر : الإصابة (٥٣٤/٧) ، أسد الغابة (٣٧/٧) ، الاستيعاب (١٧٩٥/٤) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات . سنن الترمذي (٢٠٧/٢) ، والنسائي في السنن الكبرى باب إباحة التزويج بغير صداق (٣١٦/٣) ، ابن ماجه في سننه - باب الرجل هو : يتزوج ولا يفرض فيموت على ذلك (٦٠٩/١) ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه - باب ذكر وصف الحكم (٤٠٩/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقا (٢٤٥/٧) وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه - باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت (٢٩٤/٦) ، وأخرجه ابن أبي شيبة - في باب الصداق - ما قالوا في الرجل يتزوج المرأة فيموت (٣٠٠/٤) ، والإمام أحمد في المسند حديث الجراح ، وأبي سنان - المسند (٢٨٠/٤) . انظر هذا الاستدلال في : المبسوط (٦٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٥/٢) ، فتح القدير (٢١١/٣) ، المغني مع الشرح (٨٨،٨٧/٨) .

(٤) حماد بن سلمة بن دينار البصري . روى عن الأزرق بن قيس ، وبهز بن حكيم ، وحجاج بن أرطاة ، وحميد الطويل ، وداود بن أبي هند ، وغيرهم ، وروى عنه : أسد بن موسى ، والثوري ، وشريح وغيرهم . قال عبد الرحمن بن مهدي : حماد بن سلمة صحيح السماع ، أدرك الناس ، لم يتهم بلون من الألوان ولم يتلبس بشيء ، أحسن ملكة نفسه ولسانه ، ولم يطلقه على أحد ، ولا ذكر خلقا بسوء ، فسلم حتى مات . مات سنة ١٦٧ هـ - انظر : تهذيب الكمال (٢٥٣/٧-٢٦٨) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٥٢/١) ، الجرح والتعديل (١٤١،١٤٠/٣) .

(٥) هو : دينار بن عذافر القشيري أبو بكر . روى عن : الحسن البصري ، وسماك بن حرب ، والشعبي ، ومكحول وغيرهم . وروى عنه : حماد بن سلمة ، وحميد الطويل ، والثوري ، وغيرهم . قال شعبان الثوري : هو من حفاظ البصريين ، وقال أحمد : ثقة مات سنة ١٣٩ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٤٦/١-١٤٨) ، تهذيب الكمال (٤٦١/٨-٤٦٦) ، الثقات لابن حيان (٢٧٨/٦) ، معرفة الرجال (١١١/١) .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢٨٠/٤) ، والنسائي في السنن الكبرى باب إباحة التزويج بغير صداق (٣١٧/٧) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها (٢٤٥/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها (٣/ ٢٣٢) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين - باب فيمن تزوج ولم يفرض صداقا (١٨٠/٢) .

(٨) في النسخ [همام بن الجراح] وهو خطأ وصحته [الجراح بن الجراح] .

وهو الجراح بن أبي الجراح له صحبة ، روى عنه عبد الله بن عتبة بن مسعود مذكور في قصة بروع بنت واشق . انظر : الاستيعاب (٢٦٧/٣) ، أسد الغابة (٣٢٨/١) ، الإصابة (٤٦٩/١-٤٧٠) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه - باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات (٥٨٩/٢) ، والبيهقي في السنن =

٢٢٦٧٧ - قالوا : هذا خبر ضعيف ، لأنه روى فقام ناس [1] من بنى أشجع ، وروى معقل بن سنان ، وروى بن سنان [2] .

٢٢٦٧٨ - قلنا : هذا لا يوجب ضعف الخبر ، لأن معقل بن سنان ، وأبو الجراح من أشجع ، فأحد الرواة ذكر أسماءهم والراوي الأخر [سكت عن ذلك] [3] ، وخلافهم في معقل بن سنان ، أو معقل بن يسار تصحيف من أحد الرواة ، والصحيح [ابن سنان] [4] ، ولا خلاف أن نسب أبيه كشهرته وذلك لا يقدح إذا كان معروفا ، وهذا مشهور في الصحابة يقال : إنه صاحب راية أشجع ، وقتل يوم الحرة [5] .

٢٢٦٧٩ - فإن قيل : فهو مجهول [6] .

٢٢٦٨٠ - قلنا : قد بينا خلاف ذلك ، ولأن ابن مسعود عدله وقبل روايته ، وتعديل ابن مسعود حجة .

٢٢٦٨١ - فإن قيل [7] : روى أن عليا لما بلغه هذا الخبر قال : لا نقبل شهادة الأعراب على رسول الله ﷺ [8] .

٢٢٦٨٢ - قلنا : فهذه طريقة لا نقول بها نحن ولا أنتم ، وقد قبل النبي ﷺ - شهادة الأعراب على رؤية الهلال [9] ، وإنما كان على يشدد في الرواية ولا / يقبل حتى ٢٥٤/أ

= الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يسم لها صدقا ولم يدخل بها بلفظه ، وأحمد في المسند (٤٣١/١) .

(١) في (ن) ، (ع) : [أنس] .

(٢) انظر : الأم (٧٤/٥) ، معرفة السنن والآثار (٢٢٦/١٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . قال البيهقي : وهذا الاختلاف في تسمية من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي - ﷺ - لا يوهن الحديث ، فإن جميع هذه الروايات أسانيدها صحاح ، وفي بعضها ما دل على أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك ، فكان بعض الرواة سمى منهم واحدا ، وبعضهم سمى اثنين ، وبعضهم أطلق ولم يسم ، ومثله لا يرد الحديث ولولا ثقة من رواه عن النبي ﷺ لما كان لفرح عبد الله بن مسعود بروايته معنى . انظر : معرفة السنن والآثار (٢٢٧/١٠) ، نيل الأوطار (١٧٣/٦) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ابن يسار] .

(٥) انظر : الإصابة (١٨١/٦-١٨٢) .

(٦) انظر : الأم (٧٤/٥) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [قالوا] .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف - باب الرجل يتزوج فلا يفرض حتى يموت عن الحكم (٤٧٩،/٦) والبيهقي في السنن الكبرى - باب من لا صداق لها (٢٤٧/٧) ، سعيد بن منصور في سننه - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقا (٢٣٣،٢٣٢/٣) .

(٩) أخرجه الإمام أبو داود في سننه - باب شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان . (٧٥٤/٢-٧٥٥) ، والترمذي في جامعه - باب ما جاء في الصوم بالشهادة (٧٤/٤) والنسائي في سننه : باب قبول شهادة الرجل =

يستحلف راويه ، فلا (١) تلزمنا هذه الطريقة (٢) .

٢٢٦٨٣ – فإن قيل : إن كان الاستدلال بقول ابن مسعود فقد خالفه في ذلك علي (٣) ، وابن عباس (٤) ، وابن عمر (٥) ، وإن كان الاستدلال بقول النبي ﷺ ، فيحتمل أن تكون مفوضة المهر ، أو في صغيرة فوضها أبوها ، أو بكرًا أجبرها أبوها ، أو غير رشيدة (٦) .

٢٢٦٨٤ – قلنا : أما الصغيرة فلا يحتملها الخبر ، لأنه قال : « قضى بذلك في امرأة منا » ولا يجوز أن يحمل على تفويض الولي ، ولا على تفويض المهر ، لأن ابن مسعود قضى في امرأة تزوجت ولم يفرض لها مهرًا ، فقال معقل : « قضى فينا رسول الله ﷺ

= الواحد على هلال شهر رمضان ، وبنحوه سنن النسائي (١٣١/٤) ، وابن ماجه في سننه : باب ما جاء في الشهادة على رؤية الهلال (٥٢٩/١) ، والدارمي في سننه : باب الشهادة على رؤية الهلال بنحوه (٩/٢) .

(١) في (ع) : [ولا] .

(٢) قال في عون المعبود : « وأما قول علي – ﷺ – فقد رُدَّ ذلك بأنه لم يثبت عنه من وجه صحيح ، ولو سلم ثبوته فلم ينفرد بالحديث المذكور معقل ، بل روى عنه من طريق غيره ، ومعه الجراح ، الكتاب والسنة إنما نفيا مهر المطلقة قبل المس والفرض ، ولم ينفيا مهر من مات عنها زوجها . وأحكام الموت غير أحكام الطلاق . انظر : عون المعبود (١٥٠/١) .

(٣) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه – باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت – عن علي – ﷺ – أنه قال في المتوفى عنها ولم يفرض لها صداقًا ، قال : « لها الميراث ولا صداق لها » ، وسعيد بن منصور في سننه – باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقًا بنحوه (٢٣٠/١) . وابن أبي شيبة في مصنفه : ما قالوا في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها صداقًا – (٣٠١/٤) .

(٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه عن عطاء ، قال : سمعت ابن عباس يقول : حسبها الميراث لا صداق لها ، المصنف (٢٩٣/٦) – و البيهقي في السنن الكبرى – باب من قال لا صداق لها وابن أبي شيبة في مصنفه – ما قالوا في الرجل يتزوج المرآة فيموت عنها ولم يفرض لها .

(٥) روى ذلك عنه سعيد بن منصور في سننه – باب الرجل الذي يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقا – عن الشعبي أن ابن عمر وزيد بن ثابت ، قالا في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا فمات لها الميراث ، ولا صداق لها ، سنن سعيد بن منصور (٢٣١/٣) ، وعبد الرزاق في مصنفه – باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت ، المصنف (٢٩٢/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه – ما قالوا في الرجل الذي يتزوج المرأة ، فيموت عنها ولم يفرض لها (٢٩٢/٤) والبيهقي في السنن الكبرى – باب من قال لا صداق لها – (٢٤٦/٧) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف في الاستدلال بقضاء عبد الله بن مسعود – ﷺ – في التي لم يسم لها مهرًا ثم مات زوجها بأن التعلق بقضاء عبد الله بن مسعود قد خالفه فيه علي ﷺ وابن عباس ﷺ وابن عمر ﷺ فقد قالوا : لا مهر لها ، حسبها الميراث ، وإن كان التعلق بقضاء رسول الله ﷺ فلعله كان ذلك في مفوضة المهر ، أو في صغيرة فوضها أبوها ، وغير ذلك من الاحتمالات التي تدفع الاستدلال بالحديث .

بمثل ذلك » فدل أن إحدى القضيتين كالأخرى ولم يستفصل [١] النبى ﷺ التفويض ، ولو كان الحكم يختلف لفصل [٢] .

٢٢٦٨٥ – فإن قيل : الراوي كان أعرابيًا لا يعرف الأحكام ، فلا تقبل روايته في الأمر المحتمل ، وهذا معنى قول عليّ : كيف نقبل شهادة الأعراب ،

٢٢٦٨٦ – قلنا : قبل خبره ابن مسعود ، وهو عالم بالأحكام ، فدل على أن الاحتمال زال عنده ، على أن [٣] المزني [٤] حكى [٥] عن الشافعي أنه قال : وقد روى عن النبي ﷺ في تزويج بنت واشق [٦] أنها نكحت بغير مهر فمات زوجها فقضى بمهر نسائها ، والميراث ثبت فلا حجة في قول أحد دون النبي ﷺ [٧] فلم يعترض على الخبر بالاحتمال ، وإنما اعترضه باختلاف اسم الراوي .

٢٢٦٨٧ – فإن قيل : قال الواقدي [٨] : وقع هذا الحديث في المدينة ، فما عرفه أحد من أهل العلم بها [٩] .

٢٢٦٨٨ – قلنا : هذا حديث كوفي رواه معقل بن سنان بالكوفة ، فلا يضره أن لا

---

(١) في (ن) : [يستفضل] . (٢) في (ن) : [لفضل] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني ، ينسب إلى مزينة ، وهي قبيلة معروفة ، ولد سنة ١٧٥ هـ ، أخذ العلم عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهم ، وأخذ عنه ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن أبي حاتم وغيرهم . قال : الشافعي في صفته : لو ناظر الشيطان لغلبه ، وقال الشافعي أيضًا : المزني ناصر مذهب . صنف التصانيف ، منها : المبسوط ، والمختصر والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الدقائق وغيرها من المصنفات ، مات سنة ٢٦٤ هـ ودفن بالقرب من قبر الإمام الشافعي . انظر : طبقات الشيرازي ٩٧ ، طبقات ابن السبكى (٢/٩٣-٩٥) ، طبقات الأسنوى (١/٣٤-٣٦) ، طبقات العبادى ص ٩ – ١٢ .
(٥) في (ن) ، (ع) : [حكما] . (٦) في (ن) ، (ع) : [واثق] .
(٧) انظر : مختصر المزني مع الأم (٨/٢٨٣) ط دار الفكر بيروت ط ثانية ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .
(٨) هو : محمد بن عمر بن واقد الأسلمي المعروف بالواقدي ، روى عن محمد بن عجلان ، وابن جريج ، وثور بن يزيد ، وسفيان الثوري ، ومالك وغيرهم . وروى عنه : بشر محمد بن سعد الحافي وجماعة من الأعيان ، قال الذهبي : مجمع على تركه ، وقال ابن عدي : يروى أحاديث غير محفوظة والبلاء منه . صنف التصانيف منها التاريخ والمغازي ، كتاب فتوح العراق ، وتاريخ الفقهاء وغيرها من التصانيف . مات سنة ٢٠٧ هـ . انظر : شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٢/١٨) لعبد الحي بن العماد الحنبلي ، الوافي بالوفيات (٤/٢٣٨-٢٤٠) لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان (٤/٣٤٨-٣٥١) للعلامة شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان/ م تحقيق إحسان عباس .
(٩) انظر : تحفة الأحوذي (٥/٨٦) ، الحاوي للماوردي ٣٣٩ .

يعرفه أحد من أهل المدينة ، [١] ولأنها زوجة تستحق مهر المثل بالدخول ، فتستحقه بالموت كالتي تزوجها على خمر [٢] ، أو على أن مهرها ما يتفق عليه [٣] ، ولا يلزم المنكوحة نكاحًا فاسدًا ، لأنا قلنا : زوجة [٤] .

٢٢٦٨٩ - فإن قيل : « وجوب المهر بالدخول أوسع من وجوبه بالموت » بدلالة أن في النكاح الفاسد [٥] يجب المهر بالدخول ، ولا يجب بالموت [٦] .

٢٢٦٩٠ - قلنا : [٧] حكم الموت والدخول في النكاح الصحيح سواء ، بدلالة التي سمى لها مهرًا ، والتي فوضت مهرها [٨] ، وإنما يختلفان في الفاسد ، لأن البدل يجب فيه بالاستيفاء [٩] ، والموت ليس باستيفاء المعقود عليه ، ولأن البدل في الموت في الزواج أجرى مجرى الدخول بدلالة وجوب العدة [١٠] بكل واحد منهما ، ثم لو دخل بها

---

(١) قال في تحفة الأحوذي : « إن جهل أهل المدينة به لا يضره ، فلكل بلدة زمرة من أصحاب النبي ﷺ بلغت ما كان عندها ، فوعاها أهلها ، فيقال هذه سنة تفرد بها أهل المدينة وهذه سنة تفرد بها أهل الكوفة ، وهذه سنة تفرد بها أهل البصرة . انظر : تحفة الأحوذي (٨٦/٥، ٣٣٩) .

(٢) قال في رد المحتار : « إذا لم يسم مهرًا أو لم يسمه تسمية صحيحة ، كما لو سمى غير مال كخمر ونحوه ، أو مجهول الجنس كدابة وثوب فمات عنها فلها مهر المثل » . انظر : رد المحتار (٣٣٤/٢) . وبهذا نتبين أنه إذا سمى في المهر تسمية غير صحيحة فلها مهر المثل إذا مات عنها ، كالمفوضة ، وهذا قياس المصنف .

(٣) في (ن) ، (ع) : [عينه] .انظر : المبسوط (٦٢/٥) .

(٤) أي لا يلزم وجوب مهر المثل للمنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا لم يسم لها مهرًا ثم مات عنها . لأن مهر المثل في النكاح الفاسد يجب بالوطء ، لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب بالدخول . انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) .

(٥) النكاح الفاسد : هو الذي فقد شرطا من شرائط الصحة كشهود ، أو نكاح الأخت في عدة أختها في الطلاق البائن أو الخامسة في عدة الرابعة ، ونكاح المعتدة والأمة على الحرة .
انظر : العناية (٣٦٣/٣-٤٦٤) . فتح القدير (٣٦٣/٣) ، رد المحتار (٣٥٠/٢) .

(٦) اعتراض للمخالف في الاستدلال على أن من استقر مهرها بالدخول استقر بالموت ، كالمسمى لها بأن ذلك يبطل بالمنكوحة نكاحًا فاسدًا ، لأن مهرها يستقر بالدخول ولا يستقر بالموت .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) فإن كلا منهما إذا سمى لها مهرًا أو فوضت بضعها فإنه يجب لها مهر المثل بالدخول والموت .
انظر : فتح القدير (٣٢١/٣، ٣٢٢، ٣٢٤، ٣٢٥) .

(٩) أي استيفاء منافع البضع ، لأن المهر لا يجب فيه بنفس العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع ، وكذا بعد الخلوة ، لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن ، فهي غير صحيحة كالخلوة بالحائض ، فلا تقام مقام الوطء . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٨/٢) ، فتح القدير (٣٦٤/٣) ، البحر الرائق (١٨١/٣) .

(١٠) أي وجوب عدة الطلاق ، وأما عدة الوفاة فلا تجب عليها من النكاح الفاسد . البحر الرائق (١٨٤/٣) .

في مسألتنا لم يعد البضع إليها بالموت بغير بدل ، كذلك إذا مات عنها . ولا يلزم الذمية ، لأن الموت لا يوجب العدة عليها ، وكذلك الدخول فلا يوجب كل واحد منهما مهرًا أيضًا (١) .

٢٢٦٩١ - [ولا يلزم إذا زوج المولى أمته من عبده ، لأن البضع لا يعود إليها ، وإنما يعود إلى المولى . ولأن المهر واجب لها عندنا ثم يسقط لأنه دين المولى على عبده (٢) ، ولأنه نكاح صحيح بين مسلمين ، فإذا وقعت الفرقة بالموت ، لم يعد البضع إليها بغير عوض . أصله : المفوضة المهر (٣) .

٢٢٦٩٢ - ولا يلزم الأمة إذا زوجها مولاها عبده ، لأن البضع لا يعود إليها ، (٤) ولا يلزم إذا ارتدت قبل الدخول ، أو قَبّلت ابن (٥) زوجها .

٢٢٦٩٣ - لأنا قلنا : فإذا وقعت الفرقة بالموت (٦) ، ولا يلزم نكاح النبي ﷺ لأن التعليل للأحكام الثابتة في الحال ، ولأنها تستحق بدلا عن بضعها إذا طلقها قبل الدخول ، وهي المتعة ، فاستحقت البدل عنه إذا مات قبل الدخول . أصله : التي سمى لها مهرًا (٧) ، ومفوضة (٨) المهر ، ولأنها تستحق الميراث بوفاة زوجها فاستقر لها بوفاته مهرا .

٢٢٦٩٤ - أصله : مفوضة المهر ، ولا يلزم إذا زوج المولى أمته عبده ثم أعتقها ، لأنا عللنا التسوية بين التفويض ، وفي مسألة الإلزام بألا فرق بين أن تفوض بضعها ، أو

---

(١) انظر : منحة الخالق على البحر الرائق (٣/٢٢٢) لابن عابدين - ط دار المعرفة . بيروت . ط ثانية بهامش البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

(٢) انظر : البحر الرائق (٣/٢٠٣ ، ٢٠٥) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٣/١٥٦) .

(٤) انظر : البحر (٣/٢٠٥) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٦) إذا ارتدت المرأة قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها فلا مهر لها ولا نفقة ، لأن الفرقة جاءت من قبلها . انظر : المبسوط (٥/٤٩) ، فتح القدير (٣/٢٩٨) .

(٧) قال في الاختيار : « ومن سمى مهرًا لزمه بالدخول والموت ، أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه فيجب البدل . انظر : الاختيار (٣/٣٨) . وبهذا يتبين أن المسمى لها يجب لها البدل إذا مات عنها زوجها قبل الدخول ، كما يجب البدل لمن لم يسم لها مهرًا أو شرط ألا مهر لها . لكن المتعة تجب لمن لم يسم لها مهرًا أو شرط ألا مهر لها - إذا طلقها قبل الدخول لأنها قائمة مقام نصف المهر ، وهي خلف عنه ، فلا تجتمع مع الأصل في حق غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ، أما المسمى لها إذا طلقت قبل الدخول فإن المتعة لها تكون مستحبة . انظر : الاختيار (٣/٣٨ ، ٣٩) ، البحر الرائق (٣/١٦٦ ، ١٦٧) .

(٨) في (ع) : [وفوضة] .

مهرها ، في أنها لا تستحق شيئًا .

٢٢٦٩٥ – والدليل على وجوب المهر بالعقد قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ (١) [فَجوَّز للنبي ﷺ أن يتزوج بغير مهر ، وقال ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ (٢) ؛ فأخبر تعالى أنه فرّق بيننا وبين النبي – ﷺ – في الفرض (٣) فظاهره يقتضي مفارقتنا له [في حال العقد] (٤) وفي حال الدخول ، ومن زعم أنا لا نفارقه في إحدى (٥) الحالتين فقد خالف الظاهر (٦) ، ولأن لها أن تخاصم الزوج ، وتطالبه بفرض المهر ، وللحاكم أن يفرض المهر إذا طلبت ، والحاكم لا يملك إيجاب حق لم يجب ، وإنما يقرر ما وجب لها (٧) فلما ملك الحاكم فرض المهر دل على أنه كان واجبا (٨) .

٢٢٦٩٦ – ولا يقال : إن النفقة (٩) لا تجب عندكم إلا بحكم الحاكم ، فهو يبتدئ إيجابها ، ولم تكن واجبة قبل حكمه .

٢٢٦٩٧ – قلنا : تجب النفقة عندنا للمرأة بتسليم نفسها في منزل الزوج ، وإن لم يحكم الحاكم (١٠) ، إلا أنها تسقط بمضي الزمان ، فحكمه يحتاج إليه لتقديرها حتى لا تسقط ، فأما لإيجابها فلا (١١) .

٢٢٦٩٨ – ولا يقال : إن الحاكم يحكم بالشفعة (١٢) ، فيملك الشفيع الشقص (١٣)

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ . (٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٣) في (ن) ، (ع) : [الفرق] . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) هكذا في النسخ وهو خطأ وصحته : [إحدى] .

(٦) انظر : المبسوط ج (٦٣/٥) . (٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : المبسوط (٦٣/٥) ، المغني مع الشرح (٥٦/٨) ، الشرح الكبير (٨٥/٨) .

(٩) نفقت الدراهم نفقا – من باب تعب – : نفدت ، والنفقة اسم منه ، وجمعها نفاق ، مثل رقبة ورقاب ، ونفق الشيء نفقا : فني ، ونفقت الدابة نفوقا : ماتت ، ونفقت السلعة والدراهم نفاقًا كثر طلابها وفي الشرع : الإدرار على الشيء بما به بقاؤه . انظر : الصحاح باب القاف . البناية (٨٥٤/٤) .

(١٠) هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية ، قال في المبسوط : وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها – وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج – ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة . انظر : المبسوط (١٨٧/٥) . (١١) انظر : المبسوط (١٨٤/٥) .

(١٢) الشفعة في اللغة : من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع . وفي الشرع : تملك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار . انظر : الصحاح باب العين

(١٣) بالكسر السهم والنصيب والشرك والشقيص مثله وهو في العين المشتركة من كل شيء .

بحكمه ، وإن لم يكن مالكا ، وذلك لأن في الشفعة يقضى القاضي [1] للشفيع بالأخذ ، وقد كان حق الأخذ ثابتا له ، فإذا قضى له ملك الأخذ فينتقل الشقص إليه فيأخذه ، فأما الحكم فلا [2] .

٢٢٦٩٩ – ولأن المرأة تملك أن تحبس نفسها ، و تمتنع [3] حتى يفرض ، أو يفرض لها الحاكم ، أو يعطيها المفروض ، ولو لم يجب البدل ، لم تملك حق الحبس [4] .

٢٢٧٠٠ – فإن قيل : إنها تحبس نفسها ليفرض لها .

٢٢٧٠١ – قلنا : لو ملك عليها المعقود عليه بغير عوض ، لم يثبت لها [حق الحبس] [5] ، كما لا يثبت للراهن [6] .

٢٢٧٠٢ – ولأن كل مزوجة استحقت مهر المثل بعد الدخول كان ذلك واجبًا بنفس العقد ، كالتي تزوجها مفوضة المهر .

٢٢٧٠٣ – ولا يلزم المهر [7] بالنكاح الفاسد ، لأنا قلنا كل زوجة [8] ، ولأن كل ما يثبت للمرأة حبس نفسها [9] حتى تستوفيه ، كان واجبًا بنفس العقد ، كالمسمى ، وكمهر المثل في المفوضة لمهرها [10] ، ولأنه عقد خلا عن تسمية صحيحة فوجب مهر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [الحاكم] . (٢) انظر : البناية (٤٨٤/٨) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [وتمنع] .

(٤) هذا إذا كان المهر حالًا ، أما إذا كان مؤجلا إلى أجل معلوم ، فيجب عليها تسليم نفسها عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف ، فلها أن تمنع نفسها بالمؤجل . انظر : تحفة الفقهاء (٢١١/٢) ، الهداية (٢١٢،٢١١/١) فتح القدير (٣٧٠/٣) ، المبسوط (٦٣/٥) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [حكم الحبس] .

(٦) في (م) : [للواهب] . قال في البدائع : « أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة : الأول : ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك ، أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك ، وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكاك . بدائع الصنائع (١٤٥/٦) ، تحفة الفقهاء (٥٦/٣) . وبهذا يتبين أن حق الحبس يثبت للمرتهن لا للراهن كما يثبت للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر . (٧) ساقطة من (م) .

(٨) قال في البدائع : « وفي النكاح الفاسد يجب المهر ، لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول ، لعدم حدوث الملك قبل الدخول أصلا ، وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقا ، ولانعدام المعاوضة قبل الدخول رأسا ، وانعدامها بعد الدخول مطلقا » . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٨/٢) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .

(١٠) قال في البدائع : « المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد ، لأنه أحدث الملك ، والمهر يجب بمقابلة =

المثل بالعقد . أصله : إذا تزوجها على خمر ، أو على ما يتقرر بينهما [١] .

٢٢٧٠٤ – ولأن الدخول استيفاء للمعقود عليه بالعقد الصحيح ، وذلك لا يوجب بدلا كسائر العقود ، وإذا بطل لم يجب بالاستيفاء ، وقد اتفقنا على وجوبه عند الدخول [٢] ، فلم يبق إلا أن يجب بالعقد .

٢٢٧٠٥ – ولا يلزم الوطء في النكاح الفاسد ، لأنه ليس بتصرف فيما ملكه ، وإنما هو تصرف في ملك الغير ، وتصرف الإنسان في ملك غيره يجوز أن يوجب [٣] البدل [٤] .

٢٢٧٠٦ – فإن قيل : الأجرة لا تملك عندكم بنفس عقد الإجارة [٥] ، وإنما تملك باستيفاء المنفعة ، وذلك استيفاء لما ملكه بعقد صحيح .

٢٢٧٠٧ – قلنا : المنافع عندنا [لا تملك] [٦] بالعقد ، وإنما تملك [٧] عند حدوثها ، فكل جزء حدث من المنفعة ملكه المستأجر ، ويملك عليه البدل عنه في مقابلة ملكه ، سواء استوفاه ، أو لم يستوفه ، ولكن تلف تحت يده [٨] .

٢٢٧٠٨ – ولأنه ملك الاستمتاع بها في عقد لو حصل الدخول ، لم يخل عن المهر ، فوجب أن يكون البدل الواجب فيه عند الدخول مستحقا بنفس العقد . أصله : الصغيرة إذا زوجت بغير بدل ، والكبيرة إذا زوجت بمهر فاسد ، أو مهر صحيح [٩] .

٢٢٧٠٩ – فإن قيل : المعنى في الصغيرة أنها لا تملك إسقاط حقوقها ، ولا يملك الولي إسقاطها ، والكبيرة [١٠] تملك .

= إحداث الملك ، ولأنه عقد معاوضة ، وهو معاوضة البضع بالمهر ، فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضًا في العقد أو لم يكن . بدائع الصنائع (٢٨٨،٢٨٧/٢) ، البناية (١٨٩/٤) .

(١) انظر : رد المحتار (٣٣٤/٢) .

(٢) انظر : البناية (١٩٣/٤) ، روضة الطالبين (٢٨١/٧) .

(٣) في (ن) : [موجب] . (٤) انظر : البحر الرائق (٣/ ١٨١) .

(٥) الأجرة لا تجب بالعقد عند الحنفية ، وإنما تجب وتستحق بأحد معان ثلاثة ، إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المعقود عليه . وزاد بعضهم أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه سواء كانت الأجرة عينا أو دينا على الصحيح . انظر : المبسوط (١٠٩/١٥) ، تحفة الفقهاء (٥١٥/٢) ، البناية (٨٧٣/٧) ، البحر الرائق (٣٠٠/٧) . (٦) في (ن) : [يملك] .

(٧) في (ن) : [يملك] .

(٨) انظر : المبسوط (١٠٩/١٥) ، الهداية (٢٣١/٣) ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (٦٠/٩) (تكملة فتح القدير) للإمام شمس الدين أحمد المعروف بقاض زاده

(٩) انظر : البحر (١٤٦،١٤٥/٣) . (١٠) في (ن) : [الكبير] .

٢٢٧١٠ – قلنا : لو صح هذا لوجب أن [لا تملك] (١) المطالبة بالمهر ، ولا يجب لها بالدخول لأنها تملك إسقاط حقوقها (٢) .

٢٢٧١١ – قالوا : لو ثبت مهر المثل بالعقد ، تنصَّف بالطلاق قبل الدخول ، كالمسمى (٣) .

٢٢٧١٢ – قلنا : الطلاق رفع العقد ، وليس إذا سقط البدل بارتفاع العقد دل على أنه لم يكن واجبًا كما لو سقط الثمن بالإقالة (٤) ، ولأن المستحق ومهر المثل كل واحد منهما يسقط (٥) بالطلاق ، لأن العقد ارتفع قبل القبض وما أجرى مجراه وذلك يسقط بالبدل ، وإنما تجب المتعة في الموضعين ، إلا أن في أحدهما (٦) تتقدر بنصف المسمى وفي الآخر لا تتقدر (٧) .

٢٢٧١٣ – وإنما افترقا لأن إيجاب نصف ما ثبت بتراضيهما أولى من إيجاب [متعة من طريق الحكم ، فإذا لم يسمه ، فالواجب بالعقد مهر المثل حكما (٨) ، فلم يكن إيجاب نصفه أولى من إيجاب المتعة] (٩) [التي تثبت من طريق الحكم] (١٠) .

٢٢٧١٤ – [نبين ذلك : أن للموجَبِ في النكاح حالتين حال العقد وحال الطلاق ففي الموضع] (١١) الذي يثبت المهر بالتراضي لم تثبت المتعة حكمًا / ، وفي الموضع الذي يثبت البدل حكما ، تثبت المتعة أيضًا حكما (١٢) .

٢٢٧١٥ – فإن قيل (١٣) : قد قلتم فيمن تزوج على إبل سائمة (١٤) وسلمها إليها ،

(١) في (ن) : [لا يملك] .
(٢) انظر : البحر الرائق (٣/ ١٦١) .
(٣) انظر : المغني (٥٦/٨) .
(٤) في اللغة مأخوذة من قلته بالبيع بالكسر وأقلته قسمته . وفي الشرع : رفع عقد البيع . انظر : المصباح ، البحر الرائق (١١٠/٦) . ومراد المصنف أن سقوط الثمن بالإقالة لا يدل على عدم وجوبه في البيع . انظر : المبسوط (٦٤/٥) .
(٥) في (ع) : [سقط] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [أحدهم] .
(٧) انظر : البحر (١٥٨،١٥٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٩٧،٢٩٦/٢) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٧،٢٩٦/٢) .
(١٣) هذا استدلال للمخالف ورده الشيرازي في النكت على عدم وجوب المهر للمفوضة بالعقد بأنه : لو كان واجبًا بالعقد لمنع وجوب الزكاة على قول الحنفية كسائر الديون .
(١٤) أي الإبل الراعية انظر : القاموس (١٣٣/٤) باب الميم .

فحال الحول في يدها ووجبت الزكاة عليها ، ثم طلقها قبل الدخول ، سقط نصف الزكاة ، ووجب نصفها . ولو كان جميع المهر سقط بالطلاق ، ووجب نصفه متعة لسقطت الزكاة جميعها عنها [١] .

٢٢٧١٦ - قلنا : الطلاق يوجب سقوط جميع المهر ، إلا أن سقوط النصف منه ليس بمستقر ، لأن السبب الموجب لعوده قائم ، فيصير من طريق الحكم كأنه لم يسقط ، ونظير هذا ما قال أصحابنا في ملك الوكيل إنه [٢] غير مستقر ، لأن السبب الموجب لانتقاله إلى الموكل قائم ، فكأنه لم يملك [٣] : حتى لم يعتق عليه ذو رحم إذا ابتاعه بوكالة [٤] .

٢٢٧١٧ - وكذلك فيمن تحته أمة ، فتزوج حرة على رقبتها ، فأجاز مولاها ، صارت ملكا للحرة من جهة الزوج ، و[لا تقع] [٥] الفرقة [٦] بينه ، وبينها بملكه لها ، لأنه غير مستقر إذ [٧] السبب الموجب لانتقاله موجود معه [٨] .

٢٢٧١٨ - قالوا : لو وجب مهر المثل بالعقد ، لم يصح أن يفرض لها أكثر منه .

٢٢٧١٩ - قلنا : إذا فرض أكثر منه فقد زادها فيما وجب بالعقد ، فهو كما لو سمى لها مهرًا ، فزاد فيه على أصلنا [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٩٧/٢) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) هذا بناء على أن الملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة : أن يثبت الملك للموكل ابتداء، وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكأن الموكل قائم مقام الوكيل في ثبوت الملك . وهو اختيار أبي طاهر الدباس والسرخسي وجماعة من الأصحاب وخالف الكرخي وقاضيخان فقالا : إن الملك يثبت للوكيل أولًا لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل ، ووافقهما جماعة من الأصحاب ، وذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد قال : الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق التي تثبت له ، ثم تنتقل إلى الموكل من قبله . والصحيح الأول لأن الوكيل إذا اشترى منكوحة أو قريبة لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . انظر : المبسوط (٣٤،٣٣/١٩) ، البناية (٢٧٩،٢٧٨/٧) ، نتائج الأفكار (١٧،١٦/٨) - العناية (١٧،١٦/٨) .

(٤) قال في العناية : « فيه نظر ، لأنه يخالف إطلاق قوله ﷺ » من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه « وأجيب عن هذا النظر أنه قدر تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة » . انظر : العناية (١٧/٨) ، نتائج الأفكار (١٩،١٧/٨) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [ولا ينبغي] .

(٦) في (ع) : [التفرقة] .

(٧) في (ن) : [إذا] وهو تحريف .

(٨) انظر : البحر الرائق (٢٠٦،٢٠٥/٣) .

(٩) انظر : الاختيار (٣٩/٣) .

٢٢٧٢٠ - قالوا : امرأة فوضت بضعها باختيارها ، فوجب أن لا يجب لها بالعقد مهر ، كالذمية .

٢٢٧٢١ - قلنا : الأصل غير مسلم ، لأن أبا حنيفة قال في الذمية إذا تزوجت بغير مهر ، وفي دينهم أن النكاح لا يفتقر إلى مهر لم يجب المهر (١) وإن كان من دينهم [أن المهر] (٢) لا يخلو من العقد ، ثبت المهر لها (٣) .

٢٢٧٢٢ - ولأن أصحابنا قالوا : نكاح الذمية يجب فيه المهر بالعقد ثم يسقط (٤) .

٢٢٧٢٣ - فعلى هذا الأصل غير مسلم ، ولأنا بينا أن ثبوت المهر في النكاح (٥) لحق الله وأهل الذمة لا يخاطبون بحقوق الله تعالى في أحكام الدنيا (٦) ، والمسلمون يخاطبون بذلك (٧) ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

٢٢٧٢٤ - قالوا : كل ما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفه ، لم يجب بالعقد كله كالمهر الفاسد والزيادة على مهر مثلها (٨) .

٢٢٧٢٥ - قلنا : الطلاق قبل الدخول ، عود (٩) المعقود عليه (١٠) إلى ملك العاقد ،

---

(١) سواء دخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها ، قال في البحر : و الأصح أنه لا فرق عنده بين نفيه أو السكوت عنه - كما في الهداية - ، وفي فتح القدير : أن ظاهر الرواية وجوب مهر المثل عنده إذا سكت عنه مخالفا لما في الهداية لأن النكاح عقد معاوضة فلما لم ينص عليه نفيه يكون مستحقا لها . انظر : الجامع الصغير (٨٦/٨٥) ، مختصر الطحاوي (١٧٨، ١٧٩) ، المبسوط (٤١/٥) ، البحر الرائق (٢٠١/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٣) انظر : المنافع الكبير شرح الجامع الصغير (بذيل الجامع الصغير) ص ١٨٤ - للعلامة أبي الحسنات عبد الحي اللكنوي .

(٤) انظر : البحر الرائق (٢٠١/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [والنكاح] .

(٦) هذه المسألة خلافية بين الأصوليين ، وهي هل الكفار مخاطبون بفروع الشرع أم لا ، فقال الأكثرون من الشافعية ومن المعتزلة : الخطاب بالفروع غير موقوف على حصول الإيمان . وقال جمهور أصحاب أبي حنيفة وأبو إسحاق الإسفراييني : بل هو موقوف ، وفرّق ناس بين الأمر والنهي ، فقالوا : لا يتناولهم الأمر ويتناولهم النهى لإمكان تصور الترك منهم . انظر : معراج المنهاج ج (١٤٢/١، ١٤٣) للعلامة محمد بن يوسف الجذري تحقيق د / شعبان إسماعيل وهو شرح كتاب منهاج الوصول للبيضاوى .

(٧) قاعدة : « أهل الذمة لا يخاطبون بحقوق الله تعالى في أحكام الدنيا ، والمسلمون يخاطبون بذلك » .

(٨) قاعدة : « كل ما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفه لم يجب بالعقد كله كالمهر الفاسد والزيادة عن مهر مثلها » .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقط من (م) .

والموت تلف المعقود عليه على حكم ملك العاقد ، فصار الطلاق كفسخ البيع [١] ، والموت كتلف المبيع قبل القبض [٢] ، فلا يستدل بسقوط البدل في أحد الموضعين على سقوطه [٣] في الآخر .

٢٢٧٢٦ - ولا يقال : إن الموت قبل الدخول ، كتلف المبيع قبل القبض ، [وذلك لأن المبيع قبل القبض] [٤] يتلف على حكم ملك البائع [٥] ، والبضع قبل الدخول تلف على حكم ملك الزوج ، فهو بتلف المبيع بعد القبض أشبه ، وينتقض بالصغيرة إذا زوجها الولي بغير مهر ، [كان لها] [٦] مهر المثل ، ولا ينتصف بالطلاق [قبل الدخول] [٧] ، ويجب بالعقد [٨] .

٢٢٧٢٧ - فإن قالوا ينتصف خالفوا القرآن في قوله ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ] [٩] مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ [١٠] والمعنى في البدل الفاسد أنه لا يستقر بالدخول ، فلم يستقر بالموت ، ومهر المثل يستقر بالدخول بالزوجة ، فكان وجوبه بالعقد أولى كمن تزوج بمهر فاسد [١١] ، والمعنى في الزيادة على مهر المثل ، أن المرأة لا تملك المطالبة بفرضه ، ولا تحبس نفسها [١٢] لأجله ، فلم يكن واجبًا بالعقد . ومقدار مهر المثل لما ملكت المطالبة بفرضه وحبس [نفسها به] [١٣] ، دل على أن وجوبه بالعقد . فإذا ثبت بما ذكرنا [١٤] أن مهر المثل ، وجب بالعقد ، استقر [١٥] بالموت كالمستحق [١٦] .

٢٢٧٢٨ - احتجوا : بأنها فرقة ، وردت على تفويض صحيح ، قبل فرض ، ومسيس ، فوجب أن لا يجب لها شيء من المهر . أصله إذا طلقها قبل الدخول .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [سقوط] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : المبسوط (٤٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٤٤/٣،١٤٥) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص ومستدرك في الهامش
(١٠) سورة البقرة جزء من الآية (٢٣٦) .
(١١) انظر : البناية (١٨٩/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٣٥/٢) ، رد المحتار (٢٠٩/٢) .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .
(١٣) في (ب) ، (ع) : [بعينها] .
(١٤) ساقطة من (ص) .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [استغرق] .
(١٦) انظر : المبسوط (٦٣/٥،٦٤) .

٢٢٧٢٩ - قلنا : قولكم : بعد تفويض صحيح . لا نسلمه ، لأن لمرأة [١] لا تملك [٢] إسقاط المهر عندنا بشرط فاسد [٣] ، فكيف نسلم لهم صحة التفويض ، فإن كانوا يريدون التفويض الصحيح لإسقاطها لحقها [٤] ، وهي من أهل الإسقاط ، بطل بالمسلمة إذا تزوجت بخمر ، فقد فوضت نفسها [٥] حين رضيت بما ليس بمال للمسلمين ، وهي باسم التفويض أولى ، لأنها لما سمت ما ليس بمال فقد رضيت بترك المال ، والساكتة عن التسمية لم ترض بإسقاط المهر .

٢٢٧٣٠ - وقولهم : قبل فرض ومسيس ، لا معني له لأن المسيس يحتاج إليه في فرقة الطلاق [فأما فرقة] [٦] الموت ، فلا يعتبر فيها [٧] المسيس ، والطلاق قبل الدخول دليلنا ، لأن الفرقة لما حصلت قبل الفرض ، والمسيس ، وجب لها بدل مسمى ، أو بدل حكمي [٨] ، [وهو المتعة] [٩] ، كذلك الموت يجب به إما بدل تراضيا عليه ، أو بدل من طريق الحكم .

٢٢٧٣١ - ولأن الطلاق قبل الدخول ليس بسبب لوجوب العدة ، فلم يستقر به المهر [١٠] والموت سبب لوجوب العدة ، فصار كالدخول فلم يخل من مهر .

٢٢٧٣٢ - قالوا : لو طلقها قبل الدخول ، لم تستحق شيئًا من المهر ، فوجب أن لا تستحقه إذا مات عنها ، كالذمية .

٢٢٧٣٣ - وربما قالوا : فرقة لا يجب بها المهر للمفوضة المشركة ، فكذلك المؤمنة ، كما لو طلقها قبل الفرض ، والدخول .

٢٢٧٣٤ - قلنا : قد بينا أن الذمية غير مسلمة على الإطلاق ، وإنما تعلق ذلك بما يعتقدونه في دينهم ، فإن اعتقدوا أن المهر واجب فهي والمسلمة سواء .

٢٢٧٣٥ - ولأن الذمية غير مخاطبة بحقوق اللّٰه تعالى ، فجاز أن يسقط المهر بإسقاطها ، والمسلمة مخاطبة بحقوق اللّٰه تعالى ، فلم يسقط المهر بإسقاطه كما لا

---

(١) في (ن) ، (ع) : [المهر] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يملك] .
(٣) انظر : فتح القدير (٣١٧/٣) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لحقه] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [منها] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [حكما] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٧/٢) .
(١٠) انظر : الشرح الكبير (٨٨/٨) ، فتح القدير (٣١٧/٣) .

تسقط السكنى في حال عدتها بإسقاطها [١] .

٢٢٧٣٦ - قالوا : لو وجب المهر بموت الزوج وجب بموتها ، فلما قال أبو حنيفة : إذا مات الزوجان لم يجب المهر ، دل على أنه لا يجب بموت الزوج .

٢٢٧٣٧ - قلنا : إذا ماتا ، فالمهر واجب [٢] .

٢٢٧٣٨ - وإنما قال أبو حنيفة : إذا ماتا وتقادم موتهما فتعذر معرفة قدر المهر وجنسه لم يقض القاضي بشيء لجهالة ما يقضى به ، وإن كان واجبًا في نفسه [٣] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٠٩،٢١٠) . (٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣٧،٣٤١) .

(٣) إذا مات الزوجان يقضى بمهر المثل لورثة المرأة عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يقضى لوجود الاستيفاء دلالة لأن موتهما معا في زمان واحد نادر وإنما الغالب موتهما على التعاقب فإذا لم تجز المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفاء أو على استيفاء البعض والإبراء عن البعض ، وأما ما قيل أنه قول أبي حنيفة فهو محمول على ما إذا تقادم العهد حتى لم يبق من نسائها من يعتبر به مهر مثلها ، كذا ذكره الكرخي وأبو بكر الرازي وعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل . انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٧٥) ، المبسوط (٥/٦٧) .

إذا لم يسم مهرًا ثم فرض لها مهرًا فالواجب لها المتعة إذا طلقت قبل الدخول

٢٢٧٣٩ – قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة ، ولم يسم لها مهرًا ، ثم فرض لها مهرًا (١) ، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة .

٢٢٧٤٠ – وعن أبي يوسف : أن لها نصف الفرض (٢) .

٢٢٧٤١ – وبه قال الشافعي (٣) .

٢٢٧٤٢ – لنا : أن عقد (٤) النكاح خلا عن تسمية فوجب أن يثبت لها بالطلاق قبل الدخول المتعة .

٢٢٧٤٣ – أصله : إذا لم يفرض لها (٥) ، ولأنها تسمية حصلت بعد تمام العقد ، فوجب أن لا يتبعض بالطلاق قبل الدخول . أصله : إذا سمى لها مهرًا حال العقد ، ثم زاده بعد العقد ، ثم طلقها قبل الدخول (٦) .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) إذا لم يسم لها مهرًا ثم فرض لها مهرًا بعد العقد فرضيت به فلها ذلك ، إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فعلى قول أبي يوسف ﷺ الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد ، وهذا والمسمى في العقد سواء ، ثم رجع عنه وقال : لها المتعة ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . انظر: هذه المسألة في المبسوط (٦٤/٥،٦٥) ، بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) ، الهداية (٢٠٥/١) ، فتح القدير (٣٢٨/٣) ، البناية (١٩٩/٤) ، والاختيار (٤٠/٣) وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر: المبدع (١٦٨/٧) ، الأنصاف (٣٠٠/٨) .

(٣) الأم (٧٥/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، وروضة الطالبين ٧ / ٢٨٢ نهاية المحتاج (٣٥٠/٦) . وبه قال الإمام مالك ، والرواية الثانية عن أحمد وهي الصحيحة ، المدونة الكبرى (٨٦/٤) ، قوانين الأحكام ص ٢٧٧ ، الشرح الصغير (٢٣٥٠/٣) ، المبدع (١٦٨/٧) ، الإنصاف (٣٠٠/٨) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [عقده] .

(٥) تبيين الحقائق (١٣٩/٢،١٤٠) .

(٦) قال في بدائع الصنائع "فإن كانت الزيادة على المهر بأن سمى الزوج ألفا ، ثم زادها بعد العقد مائة ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلها نصف الألف وبطلت الزيادة في ظاهر الرواية » . بدائع الصنائع (٢٩٨/٢) ، البحر (١٥٩/٣) وبهذا يتبين أن الزيادة على المهر بعد العقد لا تتنصف إذا طلقها قبل الدخول ، كما لا يتنصف ما سماه الزوج بعد عدم التسمية ، وهذا قياس المصنف .

٢٢٧٤٤ – ولأنه بدل لم يسم في [مقابلة] (١) ملك البضع ، فلا ينقسم بالطلاق قبل الدخول .

٢٢٧٤٥ – أصله : الزيادة على المسمى (٢) ، ولأن هذا العقد أوجب المتعة إن طلقها قبل الدخول . والعقد إذا أوجب المتعة لم يتعين حكمها بفرض بعد العقد ، كما لو طلقها ثم فرض (٣) .

٢٢٧٤٦ – والدليل على أن وجوب المتعة يتعلق بالعقد أن الطلاق قبل الدخول [تارة يوجب المتعة] (٤) ، وتارة يوجب نصف المفروض (٥) .

٢٢٧٤٧ – [ثم نصف المفروض] (٦) يجب بحكم العقد ، كذلك المتعة (٧) ، ولأنه لا يخلو إما أن تجب بالعقد ، أو بالفرقة (٨) ، ولا يجوز إيجابها بالفرقة ، لأن الفرقة إذا وجب بها بدل المسمى ، وجب على المرأة وهو الجعل في الخلع ، فإذا وجب غير مسمى لم يجز أن يجب عليه .

٢٢٧٤٨ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ

---

(١) في (ع) : [مقابلته] .

(٢) انظر : المبسوط (٦٥/٥) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) ، فتح القدير (٣٢٩/٣) .

(٣) قال في المبسوط : « فأما المطلقة قبل المسيس والفرض ، فهي لا تستوجب شيئًا من الأصل فتجب لها المتعة » انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . الطلاق الذي تجب فيه المتعة هو : ما يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ، أو كانت التسمية فيه فاسدة من كل وجه . فلو صحت من وجه دون وجه لا تجب المتعة ، وإن وجب مهر المثل بالدخول كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها ، أو على ألف وعلى أن يهدى لها هدية ، فإنه إذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف – لا المتعة – مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل . الثاني أن يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعده . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢،٣٠٣) ، البحر الرائق (١٥٧/٣) ، رد المختار (٣٣٥/٢) .

(٥) يجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إذا كان هناك تسمية صحيحة ، سواء كانت عشرة دراهم أو ما زاد عليها ، إذا لم يكن هناك خلوة . انظر : فتح القدير (٣٢٢/٣) ، البناية (١٨٩/٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢).

(٨) تجب المتعة بالفرقة : إذا كانت من جهته ، كالفرقة بالطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والجب ، والعنّة ، وردّته وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، فتح القدير (٣٢٧/٣) ، رد المختار (٣٣٥/٢) .

لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (١) ولم يفصل بين فريضة حال العقد ، أو بعده .

٢٢٧٤٩ – قلنا قوله : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾

٢٢٧٥٠ – قالوا : وجب (٢) بحكم الشرط أن كل امرأة يجوز أن تستحق إذا طلقت قبل الدخول نصف الفريضة (٣) .

٢٢٧٥١ – قلنا : وكذلك نقول : إن هذه تستحق نصف المهر إذا سمى في العقد ، وليس في اللفظ ما يقتضي استحقاقها لنصف الفريضة في حال طلاق (٤) ، ولأن الشرط لا يفيد ذلك . ألا ترى أنه إذا (٥) قال : إن دخل زيد فله درهم ، اقتضى اللفظ الاستحقاق بالدخول مرة واحدة ، ولا يستحق بالدخول الثاني شيئًا ، فعلم أن اللفظ في مسألتنا لا يفيد العموم في كل طلاق .

٢٢٧٥٢ – وجواب آخر وهو أن قوله ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ خطاب للأزواج في أول حال [ملكوا الطلاق ، وذلك عقيب النكاح ، والغرض هناك لا يكون إلا في حال] (٦) العقد ، فلم يجز حمل الآية على فرض بعد ذلك .

٢٢٧٥٣ – وأجاب أصحابنا عن الآية فقالوا : الفرض يعبر به عن الإيجاب ، (٧) وذلك لا يكون إلا فيما سمى [حال العقد] (٨) فأما التسمية بعده فهي عندنا تقرير لما وجب بالعقد وليست بإيجاب فلا يتناولها اللفظ (٩) .

٢٢٧٥٤ – قالوا : مهر وجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، – كالمسمى في العقد (١٠) .

٢٢٧٥٥ – قلنا : أبو يوسف/ قد سلم لنا أنه إذا سمى لها مهرًا ، أو فرض القاضي ٢٥٥/أ

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، البحر (١٥٩/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) خالف المصنف هنا الحنفية فإنهم فرقوا بين الفرض والواجب بأن الأول ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، والثاني ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة . انظر : شرح الكوكب (٣٥٣/١) وذلك إلا أن يكون استخدام المصطلحين في معناهما الواسع الأعم وهو طلب الفعل على وجه اللزوم .

(٨) في (ن) ، (ع) : [بحال العقد] . (٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(١٠) انظر : المغني (٤٨/٨) ، الشرح الكبير (٨٩/٨) .

مهرًا ، سقط بالطلاق ، ولم يتبعض [١] فهذه العلل تنتقض بهذه المسألة إذا تكلمنا مع أبي يوسف ، ولا يعرف مذهب الشافعي .

٢٢٧٥٦ – ولأن الأصل غير مسلم على ما قدمنا ، لأن عندنا جميع المستحق يسقط بالطلاق ، ويجب نصفه على طريق المتعة [٢] ثم التسمية حال العقد ، أقوى مما سمى بعده بدلالة أن الزيادة في المهر تثبت عندنا ، من وجه ، [دون وجه ، لأنها تسقط بالطلاق قبل الدخول [٣] ، وعندهم يسقط حكمها بكل وجه] [٤] على الأصلين ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

* * *

---

(١) وهذا بناء على قول أبي يوسف الثاني . انظر : المبسوط (٦٤/٥، ٦٥) ، الاختيار (٤٠/٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) . (٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٨/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٠٩٣

إذا تزوجها على مهر فاسد ثم طلقها قبل الدخول

٢٢٧٥٧ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على خمر أو خنزير ، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة [١] .

٢٢٧٥٨ - وقال الشافعي : نصف مهر مثلها [٢] .

٢٢٧٥٩ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [٣] . ظاهره أن كل مطلقة لها المتعة ، إلا ما منع منه مانع ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ [٤] ، والخمر ليست فريضة المسلمة [٥] فيجب لها المتعة [٦] .

٢٢٧٦٠ - ولأنه نكاح خلا من تسمية تثبت لها فوجب لها المتعة ، كالتي لم يسم لها شيئًا [٧] ، ولأن مهر المثل يثبت [٨] في النكاح من طريق الحكم فلا يتبعض كالمتعة [٩] .

٢٢٧٦١ - ولا يلزم إذا تزوج بأقل من عشرة لأن [١٠] تمام العشرة يثبت حكما ويتبعض عندنا [١١] ، لأن عندنا تسمية ما دون العشرة تسمية لها ، فهي ثابتة بالتسمية ،

---

(١) وبه قال أحمد في إحدى الروايتين . انظر : المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) ، المغني (٢٣/٨) ، المبدع (١٤٢/٧) .

(٢) وبه قال أحمد في الرواية الثانية . انظر : المغني (٢٣/٨) ، المبدع (١٤٣/٧) . وذهب الإمام مالك إلى أن النكاح يفسخ ولا شيء لها . وبه قال ابن حزم . انظر : بداية المجتهد (٢٤/٢) ، قوانين الأحكام ٢٢٥ ، الشرح الصغير (١٥٥/٣) ، المحلى (٩١/١١،٩٢) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٥) في (ن) : [للمسلمة] ، وفي (ع) : [المسلم] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٧) انظر : ص (١٢١،٢٢٢) هامش (٧) . وقد رد الشيرازي هذا القياس فقال : « قلنا يخالف المفوضة فإنها رضيت بغير مهر وهذه لم ترض بغير مهر » .

(٨) في (ن) [ثبت] .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وقد رد الشيرازي هذا فقال : « قلنا : ما يجب حكما آكد مما يجب بالتسمية ، فإذا تنصف المسمى فلأن يتنصف هذا أولى ، والمتعة لا تجب مهرًا ، وهذا يجب مهرًا فيتنصف كالمسمى » .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [أن] .

(١١) ساقطة من (م) .

لا من طريق الحكم (١) ، ولأن كل نكاح إذا اتصل بالدخول وجب مهر المثل ، فإذا طلقها قبل الدخول ، وجبت المتعة .

٢٢٧٦٢ – أصله : إذا تزوجها ، وسكت عن التسمية (٢) .

٢٢٧٦٣ – احتجوا : بأنه مهر يستقر بالوطء ، فوجب أن يتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى (٣) .

٢٢٧٦٤ – قلنا : المسمى بدلٌ ثابتٌ بتراضيهما ، ومهر المثل ثبت من غير « تراض » (٤) ، وما ثبت بالتراضي آكد ، فلا يقال : البعض آكد البدلين ، ببعض أضعفهما ، ولأن نصف المسمى ثبت عندنا على طريق المتعة (٥) ، فلما اجتمع مع المتعة الحكمية ، كان إثبات المتعة التي تراضيا أولى من الحكمية .

٢٢٧٦٥ – وفي مسألتنا نصف مهر المثل لم يتراضيا عليه ، [والمتعة كذلك] (٦) تجب بالطلاق (٧) قبل الدخول ، فإذا لم يوجد ما هو أولى منها كان (٨) ثبوتها أولى .

* * *

---

(١) إذا تزوجها على أقل من عشرة دراهم ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلها خمسة دراهم عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وفي القياس لها المتعة ، وهو قول زفر ﷺ . وجه قول الأئمة الثلاثة الأول : أن العشرة في كونها صداقا لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا ، الثاني : أن الأمهار إلى تمام العشرة حق الشرع ، وما زاد على ذلك حقها ، فإذا رضيت بأقل من عشرة فقد أسقطت ما هو حق الشرع ، فيعمل إسقاطها فيما هو حقها – وهو الزيادة على العشرة – ولا يعمل في حق الشرع . ووجه قول زفر ﷺ : أنه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة ما لو سمى لها خمرا أو خنزير . انظر : المبسوط (٨١/٥،٨٢) ، تحفة الفقهاء (٢٠١/٢) ، تبيين الحقائق (١٣٨/٢) ، البحر الرائق (١٥٣/٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٤) انظر : المغنى (٢٤/٨) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [طلاق] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٩٤

إذا نكح نسوة بمهر صحت التسمية

٢٢٧٦٦ – قال أصحابنا : إذا تزوج امرأتين بألف صحت التسمية ، وكان لكل واحدة حصتها من الألف [١] .

٢٢٧٦٧ – وقال الشافعي : لكل واحدة مهر مثلها [٢] .

٢٢٧٦٨ – لنا : أنه لو أفرد كل [٣] واحدة بالتسمية صح ، فإذا سمى لهما بدلًا واحدًا صح ، كما لو اشترى عبدين بألف [٤] ، ولأنه عقد يتناول المنافع ، فجاز أن يعقد على شيئين ببدل واحد كالإجارة [٥] .

٢٢٧٦٩ – احتجوا : بأن المستحق لأحد البدلين غير المستحق للآخر ، فصار كما لو اشترى عبدين من رجلين بألف [٦] لكل واحد منهما عبد واحد [٧] .

٢٢٧٧٠ – قلنا : هذا يصح عندنا ويكون كل واحد من العبدين مبيعا بحصته [٨] .

٢٢٧٧١ – قالوا : النكاح إذا جمع بعقد واحد ، لم يكن بعضه شرطا في بعض ، فكأنه تزوج كل واحدة [٩] على الانفراد بحصتها من الألف [١٠] .

٢٢٧٧٢ – قلنا : يجوز هذا ، لأن جهالته أقل من جهالة مهر المثل . وذلك يسامح به في النكاح ، فلم يسلم لهم أصلا يقيسون عليه .

---

(١) إذا تزوج امرأتين على ألف درهم فالألف بينهما على قدر مهر كل واحدة منهما ، فإن طلق إحداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الألف ، فإن طلقهما كان لهما نصف الألف بينهما على قدر مهريهما .
انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٧ ، المبسوط (٩٢/٥، ٩٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٦/٢) ، الاختيار (٤٧/٣) وهو أحد القولين عند الإمام الشافعي . انظر : روضة الطالبين (٢٦٨/٧، ٢٧٠) .

(٢) قال في المنهاج : « لو نكح نسوة بمهر فالأظهر فساده ولكلٍّ مهرُ مثلٍ . راجع مغني المحتاج (٢٢٧/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) ، روضة الطالبين (٢٦٨/٧، ٢٧٠) ، أسنى الطالب (٢٠٥/٣) .

(٣) في (ن) : [لكل] .

(٤) انظر : المبسوط (٩٣/٥) ، الاختيار (٤٧/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨٤/٤) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٣/٥) .

(٩) في (ن) : [واحد] .

(١٠) انظر : مغني المحتاج (٢٢٧/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) ، الحاوي للماوردي (٢٩٢ ، ٣٩٣) .

إذا تزوجها على موصوف وأعطاها قيمته فهل تجبر على القبول ؟

٢٢٧٧٣ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على عبد موصوف فأعطاها قيمته أجبرت على قبولها [١] .

٢٢٧٧٤ - وقال الشافعي : لا تجبر [٢] .

٢٢٧٧٥ - لنا : أنه سمى [٣] الحيوان مهرًا ، فإذا أحضر الدراهم لزمها قيمته كالمطلق [٤] .

٢٢٧٧٦ - فإن قالوا : إذا أطلق [٥] لم تصح [٦] التسمية ، فإذا وصف صحت لم نسلم ذلك ، لأن عندنا التسمية في الوجهين حكمها واحد ، ولأن كل موضع يثبت الحيوان في الذمة لم يستقر ثبوته بدلالة الدية [٧] .

٢٢٧٧٧ - فإن قيل : عندنا الدية على أحد قولين في الإبل ، ولا يجوز أخذ بدلها مع القدرة ، وعلى القول الآخر يُخير بينها وبين غيرها [٨] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) ، البحر الرائق (١٧٥/٣، ١٧٦) ، الاختيار (٣/ ٤٥، ٤٦) . وبه قال القاضي من الحنابلة . انظر : الإنصاف (٢٤٠/٨) ، كشاف القناع (١٣٣/٥) ، الفروع (١٣٩/٥) للإمام أبي عبد الله محمد بن مفلح تحقيق عبد اللطيف محمد السبكي .

(٢) انظر : الإنصاف (٢٤٠/٨) ، المبدع (١٣٩/٧) .

(٣) في (ن) : [يسمى] .

(٤) القياس على هذا الأصل غير مسلم عند المخالف ، لأن تسمية المطلق لا تصح عندهم أصلا ، وعلى هذا فلا يصح قياس الفرع عليه .

(٥) في [م] : [طلق] .

(٦) في (ن) : [يصح] .

(٧) وقد نوقش هذا القياس بأن البدل في الدية وجب بالشرع ، وقد نص على الأثمان ، وها هنا وجب بالعقد ، ولم ينص إلا على شيء واحد ، فصار كسائر الأعواض ، ولأن الدية لا يلزم فيها أخذ قيمة الإبل ، وإنما الأثمان أصل في الدية ، كما أن الإبل أصل ، فيتخير بين دفع أي الأصول شاء ، فيلزم الولي قبوله – لا على طريق القيمة – بخلاف مسألتنا . ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ، ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات . انظر : المغني (١٨/٨) .

(٨) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي ، وهو أن القياس على الدية غير مسلم الأصل ، لأن الدية في أحد القولين من الإبل بكل حال ، وعلى القول الآخر يخير بين الإبل والدراهم والدنانير .

٢٢٧٧٨ - قلنا : وكذلك المهر يُخّير بينه وبين غيره ، فالخيار إلى الزوج كما أن الخيار للقاتل هناك ، وعلى الطريق الآخر الحكم يسلم [(١)] ، لأنا قلنا : لا يستقر ، والحيوان في الذمة غير مستقر ، بدلالة أن من مات من العاقلة سقط عنه [(٢)] .

٢٢٧٧٩ - احتجوا : بأن العقد قد ثبت ملكه بالعقد ، بدليل أنه لو أحضره أجبرت [(٣)] على قبوله ، فلم تجبر على قيمته كالمكيل ، والموزون [(٤)] .

٢٢٧٨٠ - قلنا : ليس إذا لزمها قبوله ، دل على أن الزوج يجبر عليه ، ألا ترى أن مهر المثل إذا وجب فأحضر الدنانير أجبرت على قبولها ، ولو لم يحضرها وأحضر الدراهم جاز [(٥)] .

٢٢٧٨١ - ولأن المكيل يثبت [(٦)] في الذمة ثبوتا صحيحا ، بدلالة أنه لو استهلكه يجب [(٧)] عليه مثله ، فلم يجز أن يعدل عنه بعد وجوبه عليه [(٨)] ، والحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ، بدلالة أن مستهلكه لا يلزمه مثله ، فلذلك لم يجبر على تسليمه [(٩)] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [مسلم] . (٢) انظر : البناية (٣٢١/١٠) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [أجبر] .

(٤) وكذا العوض في البيع والصداق المعين ، انظر : المغني (١٨/٨) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٢/٢) . (٦) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .

(٧) في (ع) : [لا يلزمه] .

(٨) المكيل والموزون إذا وصفا صحت التسمية ، لأن المسمى مال معلوم لا جهالة فيه بوجه ، لأنه يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا ، فإنه يجوز البيع به والسلم ، فيجبر الزوج على دفعه ، ولا يجوز دفع عوضه إلا برضا المرأة ، فإن كان غير موصوف صحت التسمية أيضًا ، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها الوسط وإن شاء أعطاها قيمته ، وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم الوسط . انظر : المبسوط (٨٠/٥) ، العناية (٣٥٨،٣٥٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٤/٢) ، رد المحتار (٢٨٤/٢) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

مسألة ١٠٩٦

المهر لا يرد بالعيب اليسير

٢٢٧٨٢ – قال أصحابنا إلا زفر : لا يرد المهر بالعيب اليسير إلا أن يكون له مثل .

٢٢٧٨٣ – وقال زفر : يرد بالعيب اليسير (١) .

٢٢٧٨٤ – وبه قال الشافعي (٢) .

٢٢٧٨٥ – لنا : أنه أحد (٣) عوضي النكاح ، فلا يرد بالعيب اليسير .

٢٢٧٨٦ – أصله : البضع (٤) ، ولأن من (٥) حكم المتعاقدين أن يتساويا (٦) في العقد ، فإذا كانت المرأة لا ترد بجميع العيوب ، مع إمكان ارتفاع العقد باتفاق (٧) كذلك العوض (٨) وهذه المسألة مبنية على أصلنا : أن المهر إذا رد بالعيب رجعت بقيمته ، ولم ترجع بمهر مثلها (٩) .

٢٢٧٨٧ – وقد يجوز أن يكون الغبن مع العيب اليسير أنفع لها من قيمتها ، فلم يتيقن استدراك (١٠) الحق بالفسخ فلم يجز رده ، وليس كذلك العيب الكثير (١١) ، لأنها تتيقن أن قيمته صحيحا أنفع منه ، فاستدركت بالرد حقا فلذلك (١٢) جاز الرد (١٣) .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٨٦ ، المبسوط (٧٠/٥،٧٤) ، بدائع الصنائع (٢٩١/٢) ، فتح القدير (٣٤٦/٣) .

(٢) انظر : الأم (٨١/٥) ، مغني المحتاج (٢٢٢/٣) ، فتح الوهاب (٥٥/٢) لشيخ الإسلام أبي يحي زكريا الأنصاري شرح منهج الطلاب للمؤلف أيضًا .

(٣) في (ن) : [أخذ] .

(٤) قال في البدائع : « وأما في جانب المرأة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا ، حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها » . انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، المبسوط (٩٥/٥) . انظر : وبهذا تبين أن المرأة لا ترد بشيء من العيوب الموجودة فيها ، كما لا يرد المهر بالعيب اليسير وهو قياس المصنف .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بين] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [يتساوا] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٩١/٢) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٩١/٢) .

(٩) راجع ص ٧٢ .

(١٠) في الأصل : [تارك] .

(١١) في (ن) : [الكبير] .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [فكذلك] .

(١٣) انظر : المبسوط (٧٠/٥) .

٢٢٧٨٨ - فإن قيل : تقويم المقومين يحمل على الصحة ، ولا يحمل على الغلط ، ولهذا يجب القطع بتقويمهم ، وهو يسقط [١] بالشبهة [٢] .

٢٢٧٨٩ - قلنا : لسنا نحمل أمرهم على الغلط ، لكن قيمة النقص اليسير يدخل في التقويم فلا يتيقن استدرك الحق بالرد [٣] .

٢٢٧٩٠ - احتجوا : بأن ما جاز رده بالعيب الفاحش جاز بالعيب اليسير [كالمبيع .

٢٢٧٩١ - قلنا : نقول بموجبه لأن المهر يرد بالعيب اليسير] [٤] متى كان مكيلا ، أو موزونا ، لأنها ترجع بمثله صحيحا ، فيتيقن استدراك الحق بالرد [٥] .

٢٢٧٩٢ - هذا إن عللوا للجواز ، وإن عللوا للوجوب انتقضت العلة بعيوب المرأة ، [ولأن المعنى في المبيع] [٦] أن أحد بدليه يرد بكل عيب ، فكذلك الآخر . ولما لم يرد النكاح بكل [٧] عيب بالبضع كذلك [٨] بدله .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية في أن حد الفرق بين العيب اليسير والفاحش هو أن كل عيب ينقص من المالية بقدر ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير ومالا فلا .

(٣) انظر : المبسوط (٥/٧٠) ، فتح القدير (٣/٣٤٦) ، البحر الرائق (٣/١٧٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : البحر الرائق (٣/١٧٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (ن) : [فكل] .

(٨) في (ع) : [كذلك] .

مسألة ١٠٩٧

نكاح المعتدة من طلاق بائن في العدة

٢٢٧٩٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أبان امرأته ، [ثم تزوجها][1] في العدة ، وطلقها قبل أن يدخل بها ، « فلها مهر كامل » وعليها عدة مستقبلة [2] .

٢٢٧٩٤ - وقال محمد : تمام العدة الأولى ونصف المهر .

٢٢٧٩٥ - وبه قال الشافعي [3] .

٢٢٧٩٦ - لنا : أن الفرقة بالطلاق أحد نوعى الفرقة فجاز أن يستحق بها كمال المهر ، مع عدم المسيس .

٢٢٧٩٧ - أصله : الفرقة بالموت [4] ، ولأنها معتدة منه عقيب الطلاق ، فوجب أن يجب بها كمال المهر ، كما لو دخل بها [5] ، ولا يلزم إذا وطئت المرأة بشبهة ثم طلقها زوجها قبل الدخول ، لأنها معتدة من غيره

٢٢٧٩٨ - ونحن قلنا : معتدة منه [6] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [تزويجها] .

(٢) هذا إذا كان النكاح الثاني صحيحا ، فلو كان فاسدًا لم يلزم المهر ولا العدة . انظر : هذه المسألة في الهداية (٣٠/٢) ، فتح القدير (٣٣١/٤) ، العناية (٣٣١/٤) ، البحر الرائق (١٦١/٤) ، تبيين الحقائق (٣٣/٣ ، ٣٤) ، البناية (٧٩٣/٤) والمسألة في الكتاب (٨٧/٣) . وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المغني (٤٩٦/٨) ، المبدع (١٣٨/٨، ١٣٩) ، الإنصاف (٣٠١/٩) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٧) ، الوجيز (٩٨/٢) للإمام أبي حامد الغزالي ، مجمع الأنهر (٤٧٠/١) . - وبه قال الإمام مالك . انظر : قوانين الأحكام (٢٦٢) ، شرح الزرقاني (٢٣٥/٤) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير (٤٩٩/٢) للعلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي . والرواية الثانية عن الإمام أحمد وهي الذهب . انظر : الفروع (٥٥٣/٥) ط ، كشاف القناع (٤٢٨/٥) ، الروض المربع (٢١٥/٣) .

(٤) فرقة الموت وجب بها كمال المهر مع عدم المسيس ، لأن النكاح قد انتهى بالموت والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ، فيتقرر بجميع مواجبه . أما هنا فالحكم باقٍ على الأصل ، وهو أن الطلاق قبل الدخول من غير مسيس ولا خلوة لا يوجب إلا نصف المهر . انظر : البحر الرائق (١٥٣/٣) .

(٥) إذا دخل بها عقيب النكاح الثاني فهذا محل اتفاق مع المخالف . انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٧) .

(٦) انظر : مجمع الأنهر (٤٧٠/١) ، حاشية أبي السعود (٢١٩/٢) .

٢٢٧٩٩ - ولا يلزم إذا وطئها بنكاح فاسد ، ثم تزوجها فطلقها قبل الدخول ، لأنها تستحق كمال المهر قبل مسألتنا (١) ، ولأن الطلاق وقع عليها وزوجها مشغول بما يثبت نسبه منه ، فصار كما لو وطئها في النكاح الثاني (٢) .

٢٢٨٠٠ - ولأن حكم الدخول ثابت في النكاح الثاني ، بدلالة أنها لو جاءت بولد بعده لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه منه (٣) ، فلولا أن حكم الأول ثابت في العقد الثاني لم يثبت النسب ، وحكم الدخول كنفس الدخول في كمال المهر بدلالة من تزوج بامرأة فجاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه ، ووجب كمال المهر ، لأنا حكمنا بالدخول حين حكمنا بثبوت النسب (٤) .

٢٢٨٠١ - فإن قيل : النسب يثبت بالعقد الأول بدلالة أنها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لم يثبت] (٥) .

٢٢٨٠٢ - قلنا : العقد الأول زال ، وارتفعت أحكامه ، فلا يجوز أن يثبت النسب به مع ارتفاعه ، ولا يقال لو لم يتقدم العقد الأول لم يثبت النسب (٦) ، لأنه سبب في ثبوت النسب ، وإن كانت العلة الحكم [بالدخول في العقد الثاني ، لم يثبت النسب] (٧) ، ولأن البضع محبوس عليه في مدة العدة بدلالة أنها ممنوعة من الأزواج لحقه ، فإذا عقد عليه دخل في ضمانه بمجرد العقد كمن ابتاع عبدًا وقبضه وقايل البائع ، ثم ابتاعه منه (٨) .

٢٢٨٠٣ - فإن قيل : العبد تحت يده الحرة لا تثبت اليد (٩) عليها .

٢٢٨٠٤ - قلنا : حبس البضع عليه ومنعها من التصرف فيه كثبوت اليد على العبد (١٠) في البيع / .

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦١/٤) ، فتح القدير (٣٣/٤) ، تبيين الحقائق (٣٤/٣) ، البناية (٧٨٣/٤) .

(٢) انظر : العناية (٣٣٣،٣٣٢/٤) .

(٣) رد الشيرازي هذا بأنه : إذا تزوجها بعد انقضاء العدة قام حكم الدخول أيضًا في تحريم بنت المرأة ، ووجوب الغسل إذا وجدت الماء .

(٤) انظر : المبسوط (٤٥/٦) ، الهداية (٣٣/٢) ، البناية (٨١٧/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٣٤،٣٣/٣) ، البناية (٧٩٣/٤) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [والحرة] .

(١٠) في (م) : [اليد] .

٢٢٨٠٥ – احتجوا [١] : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [٢] .

٢٢٨٠٦ – قلنا : الشرط يقتضي أن المرأة إذا طلقت قبل المسيس مرة فلها نصف المهر ، ولا يقتضي ذلك [٣] تكرار الحكم فلم يجز التعلق به ، ولأن هذه مطلقة بعد المسيس ، لأنه لم يفصل بين مسيس في هذا العقد ، أو في عقد قبله .

٢٢٨٠٧ – قالوا : طلاق في نكاح عرى [٤] عن إصابة ، فلم يجب له إكمال [٥] المهر كالنكاح الأول [٦] .

٢٢٨٠٨ – قلنا : المعنى فيه أنها لا تعتد منه عقيب الطلاق ، وفي مسألتنا هي معتدة منه عقيب الطلاق في عدة أوجبها [٧] حكم الوطء فلذلك كمل مهرها .

٢٢٨٠٩ – قالوا : بينونة لو كانت في نكاح لم يتقدمه نكاح لم يجب كمال المهر فكذلك ، وإن تقدمه نكاح .

٢٢٨١٠ – أصله : إذا طلقها قبل الدخول ، ثم نكحها ، ثم طلقها ، وإذا نكحها بعد انقضاء عدتها [٨] .

٢٢٨١١ – قلنا : هناك حكم الدخول ليس بثابت في هذا العقد ، فلم يجب كمال المهر ، وهاهنا حكم الدخول ثابت .

٢٢٨١٢ – قالوا : كل امرأة تردَّد [٩] عليها نكاحان كان لكل واحد منهما حكم نفسه ، بدلالة افتقاره إلى ولى وشهود ومهر مجدد [١٠] فلم يجز أن يبنى هذا النكاح على حكم غيره [١١] .

٢٢٨١٣ – قلنا : عندنا أحد النكاحين غير مبنى على حكم الآخر ، وإنما النسب يلحقه في العقد الثاني بحكم العقد الأول ، وهذا يوجب [ثبوت حكم] [١٢] أحد [١٣] العقدين في الآخر .

---

(١) انظر : البحر (١٦١/٣) ، فتح القدير مع الهداية (٣٣١/٤) ، الحاوي ٥٥٣ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .
(٣ ، ٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [كمال] .
(٦) انظر : المغني (٤٩٦/٨) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [يوجبها] .
(٨) انظر : المغني (٤٩٦/٨) .
(٩) في (م) : [تزادد] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [مجدد] ، وفي غيرهما : (يجدد) .
(١١) انظر : الحاوي للماوردي ٥٥٣ .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [حد] .

مسألة ١٠٩٨

للأب قبض صداق ابنته البكر ما لم تنهه

٢٢٨١٤ - قال أصحابنا : إذا زوج الأَب بنته البكر جاز له قبض مهرها ، وإن لم [تأذن له] (١) ما لم تُنهه (٢) .

٢٢٨١٥ - وقال الشافعي : لا يجوز (٣) .

٢٢٨١٦ - لنا : أنه لا يعتبر في نفوذ عقده عليها نطقها مع قدرتها ، فجاز له قبض مهرها بغير إذنها كالصغيرة (٤) ، ولأنه مختلف في جواز نكاحها بغير إذنها (٥) ، فجاز

(١) في (ن) : [بإذن] .

(٢) الأب لا يملك إلا قبض الصداق المسمى حتى لو كانت الدراهم بيضًا لا يلي قبض السواد وبالعكس ، لأنه استبدال ولا يملكه ، قال الحلواني : هذا مذهب علمائنا ، وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك . قال في فتح القدير : وهو أرفق بالناس انظر : هذه المسألة في المبسوط (٥/٣) ، الهداية (١٩٦/١) ، بدائع الصنائع (٢٤٠/٢، ٢٤٤) ، فتح القدير (٢٦٣/٣) ، تبيين الحقائق (١١٨/٢) ، البناية في شرح الهداية (١٢٠/٤) . وقد وافق الإمام مالك وأحمد في - إحدى الروايتين - الحنفية في ذلك ، انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٧١٨/٢) لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، الإنصاف (٢٥٣/٨) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) .

(٣) قال في المهذب : « وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها ، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها » . انظر : المهذب (٥٧/٢) ، المجموع شرح المهذب التكملة الثانية (٣٣٩/١٦، ٣٤٠) ، الحاوي ٤١٦ . وهو رواية عن الإمام أحمد ، وهي الأصح وعليها المذهب ، فلا يصح أن يقبضه إلا بإذنها . انظر : الإنصاف (٢٥٣/٨) ، المبدع (١٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) .

(٥) ذهب الإمام مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأحمد - في أظهر روايتيه - إلى أنه يجوز للأب إجبار بنته البكر البالغة وتزويجها بغير إذنها . انظر : الكافي (٧١٢/٢) / المهذب (٣٧/٢) ، المبدع (٢٣/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة ص ٣٢٥ . المذهب الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة - في رواية - والأوزاعي والثوري وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر إلى أنه ليس له ذلك . راجع الاختيار (٢٣/٣) ، المبدع (٢٣/٧) ، الإشراف على مذهب العلماء (٣٥/٤) للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر . الأدلة : استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول ؛ فمن السنة :

أ - ما روى عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صمتها » ، أخرجه مسلم في كتاب النكاح . ووجه الدلالة أنه قسّم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، فدل على نفيه عن الأخرى - وهي البكر - فيكون وليها أحق منها . انظر : المهذب (٣٧/٢) ، المغني (٤٨٨/٧) .

ب - ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها ، أخرجه الدارقطني في =

أن يقبض مهرها كالحاكم في حق الصغيرة إذا كان أبوها زوَّجها ومات [١] ، لأنها تستحي [٢] في العادة من المطالبة بمهرها فيمنعها ذلك من القبض ومن تعجز عن قبض مهرها فليس لها قبضه كالصغيرة والمجنونة [٣] .

٢٢٨١٧ - احتجوا : بأنها رشيدة ، فلم يكن لأبيها قبض مهرها بغير إذنها كالثيب [٤] .

٢٢٨١٨ - قلنا : الثيب عكس علينا ، لأنها يعتبر نطقها في النكاح فلا تستحي من المطالبة ، فلا تعجز عن القبض [٥] .

٢٢٨١٩ - قالوا : عوض ملكته بعقد معاوضة كالثمن [٦] .

٢٢٨٢٠ - قلنا : هناك يعتبر في جواز العقد نطقها ، فلم يل عليها في القبض [٧] ، وفي مسألتنا بخلافه .

٢٢٨٢١ - قالوا : لو ولى قبض مهرها [لم تملك] [٨] منعه من القبض ، كالصغيرة [٩] .

= سننه كتاب النكاح . ووجه الدلالة أن الحديث قد دل على أن الولي أحق بالبكر . انظر : المبدع (٢٣/٧) . ومن المعقول أن مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق . انظر : المغني (٤٨٨/٧) . واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول كذلك ؛ فمن.

السنة ما روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا يا رسول الله : فكيف إذنها ، قال : أن تسكت » أخرجه البخاري كتاب النكاح (١٥٧/٩) . انظر الاختيار (٢٣/٣) المغني (٤٨٨/٧) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الاستئذان في الحديث محمول على الاستحباب وليس بواجب . انظر : المغني (٤٨٨/٧) .

ومنه كذلك ما روى عن ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوَّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ . أخرجه ابن ماجة . وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه مرسل ، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فتخييرها لذلك . انظر : المغني (٤٨٨/٧) . ومن استدلالهم بالمعقول : أنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب . انظر : المغني (٤٨٨/٧) .

(١) انظر : فتح القدير (٢٦٤/٣) ، البحر الرائق (١١٨/٣) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) ، المهذب (٥٧/٢) .

(٢) في (ن) : [يستحي] .

(٣) انظر : المبسوط (٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) ، فتح القدير (٢٦٣/٣) ، العناية (٢٦٣/٣، ٢٦٤) .

(٤) انظر : المجموع (٣٤٠/١٦) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) ، المبدع (١٤٧/٧) .

(٥) انظر : المبسوط (٩/٥) ، البحر الرائق (١٢٣/٣) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٣٣/٨) ، الحاوي ٤١٧ .

(٧) انظر : فتح القدير (٢٦٤/٣) .

(٨) في (ع) : [يملك] .

(٩) انظر : الحاوي ٤١٧ .

٢٢٨٢٢ - قلنا : الأب لا يقبضه عندنا بولاية ، لكن بوكالة ثبتت من طريق الحكم، ولو كانت الوكالة بالنطق ملكت عزله عنها [١] فكذلك من طريق الحكم .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٩٩

عقدة النكاح بيد الزوج

٢٢٨٢٣ - قال أصحابنا : الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ؛ فقوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [1] يعني النساء يسقطن ما وجب لهن من نصف المهر ، أو يَعْفُوَاْ الزوج إذا كان سلم [2] المهر إليها لا يرجع بشيء [3] منه .

٢٢٨٢٤ - وهو قول الشافعي الجديد .

٢٢٨٢٥ - وقال في القديم : الذي بيده عقده النكاح الولي ، فتقدير [4] الآية ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ يعني النساء ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ يعني ولي الصغيرة [5] .

٢٢٨٢٦ - لنا : قوله تعالى ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [6] والزوج في يده العقدة إن شاء حلها وإن شاء أمسكها ، والولي قبل العقد ليس بيده عقدة ، لأنه لم يعقد شيء والعقد [7] اسم لما انعقد [8] ، دون ما ينعقد في

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [شيء] . انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٦ ، المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) . (٤) في (ن) ، (ع) : [فتقرير] .

(٥) قال في المهذب : فإذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط : أولها : أن يكون أبًا أو جدا ، لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم . الثاني : أن تكون المنكوحة بكرًا ، فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنها لا يملك الولي تزويجها . الثالث : أن يكون العفو بعد الطلاق ، وأما قبله فلا يجوز ، لأنه لاحظ لها في العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معّرض للتلف ، فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل . الرابع : أن يكون قبل الدخول ، فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله . الخامس : أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها ، لأنه لا ولاية عليها في المال . انظر : هذه المسألة في الأم ٨٠١٥ ، مختصر المزني (٢٨٤/٨، ٢٨٥) ، المهذب (٥٩/٢، ٦٠) ، روضة الطالبين (٣١٦/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٣) . وذهب الإمام مالك إلى أن الأب يملك العفو في ابنته البكر المجبرة ثيبا أو بكرًا قبل الدخول وبعد الطلاق لا قبل الطلاق انظر : الكافي (٥٥٩/٢) ، قوانين الأحكام ٢٧٧ ، جواهر الأكليل شرح مختصر العلامة خليل (٣٢١/١) ، وفي رواية عن أحمد أنه الولي إذا كان أبا للصغيرة . انظر : الإنصاف (٢٧١/٨) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٧) في (ن) : [العقدة] .

(٨) انظر : اللسان باب العين مادة (ع ق د) .

الثاني ، وبعد الانعقاد قد خرج الأمر من يده ، فلا يملك شيئًا منه ، فحمل الاسم على الزوج أولى ، [١] .

٢٢٨٢٧ - ولا يصح أن يقال : عفا إذا لم يطالبها بنصف المهر ، ولا يقال للأب إذا أسقط مال ابنته عفا ، لأن العفو يكون في مال الإنسان لا في مال غيره [٢] ، ولأنا إذا حملناه على الزوج ، فقد حملنا اللفظ على العموم في كل وجه ، وإذا حملوه على الولي خصوه في بعض الأولياء في الأب والجد خاصة ، وفي بعض النساء وهي البكر الصغيرة ، ومن حمل اللفظة على عمومها [كان أولى] [٣] .

٢٢٨٢٨ - ولأنه تعالى قال : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [٤] وهذا خطاب للزوج باتفاق [٥] ، والتفاضل يقع بين أمرين ، فدل أنه ذكر عفو المرأة ، ثم عفو الزوج ، ثم قال للزوج : [﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [٦] ، [وهذا خطاب للزوج] [٧] .

٢٢٨٢٩ - ولأنه لا يقال للولي المسقط لمال وليته أنَّ ما فعله أقرب للتقوى [٨] ، ويدل عليه [٩] ما روى عمرو بن شعيب [١٠] عن أبيه [١١] ، ....

(١) انظر : المغني (٦٩/٨) ، المبدع (١٥٧/٧) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٧٤/٣) .

(٢) قال في المحلى : « ثم البرهان القاطع قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ وقول رسول الله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فكان عفو الولي عن مال وليه كسبا على غيره ، فهو باطل ، وحكما في مال غيره فهو حرام ، فصح أنه الزوج الذي يفعل في مال نفسه ما أحب من عفو أو يقاضى بحقه . المحلى (١٣١/١١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٥) انظر : المهذب (٥٩/٢) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المغني (٨٠،٦٩/٨) ، المبدع ١٥٧٠ ، شرح منتهى الارادات (٧٤/٣) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) .

(٩) انظر : المبدع (١٥٧/٧) .

(١٠) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عمرو بن العاص القرشي روى عن أبيه وطاووس ومجاهد وعطاء وغيرهم وروى عنه عطاء ، ويحيى بن سعيد وعمرو بن دينار وغيرهم . وثَّقه على بن المديني وإسحاق بن راهويه ، واحمد بن حنبل ، مات سنة ١١٨ هـ بالطائف .انظر : ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٤/٨) خلاصة تهذيب الكمال (٢٨٧/٢) .

(١١) هو : شعيب بن محمد بن عبد الله القرشي روى عن عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر وغيرهم وروى عنه عثمان بن الحكم وعطاء الخراساني وثابت البناني وغيرهم ، قال ابن حجر : =

عن جده [١] أن النبي ﷺ قال [٢] : « الذى بيده عقدة النكاح الزوج » [٣] وهو قول على بن أبي طالب [٤] وجبير بن مطعم [٥] .

٢٢٨٣٠ - وقد روى عن ابن عباس : أنه الولي ولم ينقل عنه تفصيل بين بكر وثيب [٦] [وقيل إنه روى عنه خلاف ذلك] [٧] : ولأن المهر مال لها فلا يملك الولي إسقاطه كسائر أموالها [٨] ولأنه بدل في معاوضة كالثمن في البيع [٩] ، ولأنه لا يملك

= صدوق ، ثبت سماعه من جده . مات سنة ٩١ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٥٧/٤) ، تهذيب الكمال (٥٣٤/١٢) ، الجرح والتعديل (٣٥١/٤) / ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥١/١) .

(١) هو : محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن أبيه وروى عنه ابنه شعيب وحكيم بن الحارث وغيرهم ، قال الذهبي : غير معروف الحال ، ولا ذكر بتوثيق ولا لين ، مات سنة ٧٨ هـ . انظر : لسان الميزان (٣٦٤/٧) معرفة الثقات للعجلي (٢ /٢٤٢) ، تهذيب التهذيب (٢٦٢/٩) ، ميزان الاعتدال (٥٩٣/٣-٥٩٤) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أخرجه الدارقطني باب المهر (٢٧٩/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٥١/٧،٢٥٢) ، مجمع الزوائد كتاب التفسير (٣٢٠/٦٩٠) ، المغني (٢٧٩/٣) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف - باب قول الله تعالى (إلا أن يعفون) - عن على قال : هو الزوج المصنف (٢٨١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج - (٢٥١/٧) والدارقطني في سننه - باب المهر - (٢٧٨/٣) ، وابن حزم في المحلى (٢٥١/١١) .

(٥) هو : جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف ، أسلم بين الحديبية والفتح ، روى عنه من الصحابة سليمان بن حرد وعبد الرحمن بن عوف ، وعنه من التابعين سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن أزهر ويحيى ابن عبد الرحمن وإبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ، قال مصعب بن عبد الله : كان جبير من حلماء قريش وسادتهم وكان يؤخذ عنه النسب ، مات سنة سبع أو ثمان أو تسع وخمسين . انظر : الإصابة (٤٦٢/١) ، الإستيعاب (٢٣٢/١) ، أسد الغابة (٣٢٣/١،٣٢٤) .

روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح - (٢٧٨/٣،٢٧٩) .

(٦) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة - من قال الذي بيده عقدة النكاح الولي - عن عكرمة عن بن عباس قال : رضى الله بالعفو وأمر به فإن عَفَّت عَفَتْ وإن أبت وعفا وليها جاز المصنف (٢٨٢/٤) ، والدارقطني في سننه . باب المهر (٢٨٠/٣) بنحوه والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الولي - (٢٥١/٧) بنحوه .

(٧) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج - عن ابن عباس هو الزوج ، والدارقطني في سننه - باب المهر - (٢٨٠/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف - باب قول الله تعالى : (إلاَّ أَن يَعْفُونَ . .) - الآية ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٨٣/٦) باب الذي بيده عقدة النكاح .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، المبدع (١٥٧/٧) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) شرح منتهى الإرادات (٧٤/٣) .

(٩) انظر : الحاوي ٤٦٠ .

إسقاطه إذا كانت ثيبا فلا يملك إذا كانت بكرًا كالأجنبي [١] وعكسه المولى [٢] .

٢٢٨٣١ – ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، فلا يجوز أن يبذل مالها في مقابلة مالا يقوم ، كما لا يبذل في مقابلة الخمر ، والخنزير [٣] ، ولأنه لا يملك الخلع عليه بعد القبض فلا يملك إسقاطه قبله كالأجنبي [٤] وكثمن [٥] المبيع والأجرة في الإجارة [٦] .

٢٢٨٣٢ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [٧] وهذا خطاب للزوج بلفظ المواجهة ثم قال : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ [٨] وهذا يتناول النساء بلفظ الكناية ، ثم قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ [٩] وهذا خطاب بكناية ، فلو كان المراد به الزوج لكان بلفظ المواجهة [١٠] .

٢٢٨٣٣ – قلنا : قد يبتدأ الخطاب بالمواجهة ، [ويعطف عليه بالكناية ، والخطاب لواحد ، وقد يبتدأ بالكناية ، ويعطف عليه بالمواجهة] [١١] وهو كذلك قال تعالى : ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ ﴾ وقال تعالى : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ ثم قال : ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴾ فافتتح بالكناية وتلاها بالمواجهة ، وهذا كثير في الكلام العربي [١٢] ، وهذا ظاهر في هذه الآية لأنه افتتح بالمواجهة [١٣] وعطف عليه عفو النساء بالكناية ، فلما ذكر الزوج ذكره بلفظ الكناية الذي تقدم عليه ولم يذكره بالمواجهة مع الفصل بينهما [١٤] .

٢٢٨٣٤ – قالوا : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ يعنى به عفو المرأة عن نصف

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦١/٣) المغني (٧٠/٨) ، المهذب (٥٩/٢،٦٠) ، الحاوي ٤٦٥ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [الولي] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٤٧/٣) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (١٧٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٦/٣،١٤٧) .

(٦) انظر : المغني (٧٠/٨) ، الحاوي للماوردي ٤٦٦ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(١٠) انظر : المهذب (٥٩/٢،٦٠) ، المجموع (٣٦٤/١٦) ، الحاوي للماوردي ٤٦٠ .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) وهو ما يعرف في علم البلاغة بالالتفات وهو التعبير عن معنى بطريق بعد التعبير عنه بطريقة أخرى منها . انظر : الإيضاح ج (٨٦/١) ، بدائع القرآن ٤٤ لابن أبي أصبغ المصري .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [المواجهة] .

(١٤) انظر : المغني (٦٩/٨) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) ، المبدع (١٥٧/٧) ، شرح منتهى الإرادات =

مهرها ، فإذا حملنا قوله : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ على الزوج عطفنا عفوه على عفو مخالفه ، وإذا حملناه على عفو الولي حملناه على ما يوافقه [1] .

٢٢٨٣٥ - قلنا : العطف [2] يجب أن يكون من جنس المعطوف [3] عليه ، وعفو الزوج من استرجاع نصف ما سلمه إليها كعفوها عن نصف المهر الذي لم تقبضه منه ، فقد عطفنا الشيء على نظيره ، وهذا الذي يلزمنا بحكم العطف .

٢٢٨٣٦ - قالوا : ابتدأ الله بعفو المرأة بقوله ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ وختم بعفو الزوج بقوله : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُاْ ﴾ فإذا حملنا قوله : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ على الزوج .

٢٢٨٣٧ - قلنا : حملنا اللفظ على التكرار ، وإذا حملناه على الولي حملناه على فائدة محددة [4] .

٢٢٨٣٨ - قلنا : إذا حملتموه على الولي لم يصح التفضيل في عفو الزوج ، وإنما يصح التفضيل على قولنا ، لأنه بين عفوها ، وعفو الزوج ، ثم أخبر تعالى أن عفو الزوج أولي .

٢٢٨٣٩ - قالوا : الزوج يجب عليه تسليم نصف المهر إليها فكيف يعفو [5] .

٢٢٨٤٠ - قلنا : خرج الكلام على المعتاد ، لأنهم كانوا يتزوجون ، يقدمون المهر [فعفو الزوج أن لا يرجع عليها بشئ] [6] .

٢٢٨٤١ - قالوا : نصف صداق استقر بالطلاق ، فكان للولي العفو عنه كمولى الأمة [7] .

٢٢٨٤٢ - قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ، لأن المهر لم يستقر للأَمَة لكن لمولاها ، والوصف الآخر غير مؤثر ، لأن الأمة لا فرق بين أن تكون بكرًا ، أو ثيبًا . والمعنى في المولى ، أنه يملك إسقاط المهر [بعد القبض ، فيملك قبله] [8] ، ويملك

= (٧٤/٣) والمهذب (٦٠/٢) ، المجموع (٣٦٥/١٧) .

(١) انظر : المجموع (٣٦٥/١٧) ، الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٢) العطف هو المجعول تابعا بأحد حروفه انظر : شرح التسهيل (٣٤٣/٣) لابن مالك محمد بن عبد الله الطائي .

(٣) انظر : شرح التسهيل (٣٤٨/٣) .

(٤) انظر : المجموع (٣٦٥/١٧) ، الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [فعفو الزوج أن لا يرجع على الزوجة بشئ] .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

[إسقاطه إذا كانت ثيبًا ، فملك إذا كانت بكرًا . ويملك إسقاط الأجرة إذا أجرها فملك إسقاط مهرها] (١) إذا زوجها (٢) و (٣) الولي بخلاف ذلك .

٢٢٨٤٣ - قالوا : في إسقاط الأب لنصف مهرها منفعة (٤) لها ، لأنه يعلم أنه سمح غير متشدد (٥) ، فيرغب الناس إليها (٦) .

٢٢٨٤٤ - قلنا : يبطل هذا بالأجرة في الإجارة ، والثمن في البيع (٧) ، وبما بعد قبض المهر .

٢٢٨٤٥ - قالوا : الأب والجد يملكان نقصان مالها لمصلحتها ، ألا ترى : أنهما يقطعان الثياب ويجعلان الدنانير حليا ، وذلك نقص فيها (٨) .

٢٢٨٤٦ - قلنا : هذا يفعل لأنها لا تنتفع بالثياب إلا بعد قطعها ، فهو وإن نقص العين كتمكينها من اللبس الذي ينقص القيمة ، وهذه ضرورة [لا توجد] (٩) في إسقاط المهر .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر : البحر الرائق (٣/٢٠٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [متعة] .

(٥) في (ع) : [مبذر] .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [المبيع] .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٩) في (ن) : [لا يوجد] .

إذا وهبت الصداق قبل القبض أو بعده

٢٢٨٤٧ - قال أصحابنا : إذا وهبت صداقها لزوجها قبل قبضه ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء . وإن قبضت ثم وهبت : فإن كان المهر ثمنًا رجع عليها . وإن كانت عروضا فوهبتها وهي بحالها لم يرجع عليها بشئ ، وإن تغيرت بزيادة أو نقصان رجع عليها [١] .

٢٢٨٤٨ - وقال الشافعي : إذا وهبت لم ترجع في أحد القولين ، سواء ما بعد القبض ، وقبله [٢] . وفي القول / الآخر : تضمن له نصفه في الوجهين [٣] . وإذا كان المهر دينا في ذمته فأبرأته [٤] منه ، ففيه وجهان [٥] . ٢٥٦/أ

٢٢٨٤٩ - لنا : أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول يرجع إليه من جهتها ، بسبب لا يوجب الضمان ، فلم يجز له الرجوع عليها بشيء ، كما لو تزوجها على عين فقبضتها ثم ردتها إليه بغير هبة ثم طلقها . وإن شئت قلت : أنا لو ضمناها لضمناها لهبتها والهبة لا توجب الضمان على الواهب فيما وهب ، لأجل هبته . أصله : إذا استحقت العين الموهوبة وقد تملكت في يد الموهوب له [٦] فضمن لم يرجع على الواهب [٧] .

(١) انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٩ ، المبسوط (٦٤/٦، ٦٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٥/٢) ، فتح القدير (٣٤٢/٣) ، البناية (٤/ ٢١٩، ٢٢٠) ، تبيين الحقائق (١٤٦/٢) ، جواهر الإكليل (٣١٩/١) ، المغني (٧٣/٨) ، المبدع (١٥٩/٧، ١٦٠) ، كشاف القناع (١٤٦/٥) .

(٢) هذا إذا كان المهر عينا - وهذا هو القديم وأحد قولي الجديد - وهو الراجح عند البغوي واختيار المزني . انظر : المهذب (٥٩/٢) ، روضة الطالبين (٣١٦/٧، ٣١٧) ، نهاية المحتاج (٣٦٣/٣) .

(٣) وهو الأظهر عند الجمهور منهم العراقيون والروياني وهو الصحيح . انظر : المهذب (٥٩/٢) ، روضة الطالبين (٣١٦/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٣) . (٤) في (ع) [فأبرأه] .

(٥) أحدهما يرجع كما يرجع في الهبة ، والثاني لا يرجع وهو المذهب ، انظر : المهذب (٥٩/٢) ، وروضة الطالبين (٣١٧/٧) ، حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب (٢٤٥/٣) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) قال في الهداية : وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق ، وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبع فلا يستحق فيه السلامة ، وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره . انظر : الهداية (٢٢٩/٣) . وبهذا تبين أن الهبة لا توجب الضمان في يد الموهوب له ، ولا يجب عليه الرجوع على الواهب بشيء ، كما لا ترجع المرأة على زوجها بشيء إذا وهبت له :

٢٢٨٥٠ – ولا يلزم إذا وهبت لأجنبي فوهب الأجنبي له ، لأن المستحق لم يعد إليه من جهة الزوجة [١] .

٢٢٨٥١ – ولا يلزم إذا قبضت المهر ، وهو ثمن ثم وهبت ؛ لأَن العين لا يستحق عليها [٢] ردها عندنا ، إذ الدراهم ، لا تتعين [٣] بالفسخ ، ولا يلزم إذا زادت العين لأن حق الفسخ يسقط بالزيادة ، ويستحق الزوج نصف قيمتها ، فلم يعد المستحق [٤] إليه [٥] ، ولا يلزم إذا نقصت [٦] العين ، لأنه [لا يتعين] [٧] أن يستحق نصف العين الناقصة ، بل له المطالبة بنصف القيمة ، فلم يعد إليه المستحق [٨] ، ولأن الصداق لم يدخل في ضمانها ، فلم يلزمها ضمانه بالطلاق لو لم تقبض [٩] ولم تهب [١٠] .

٢٢٨٥٢ – ولا يلزم إذا وهبت لأجنبي ، لأن قبضه يقوم مقام قبضها ، فكأنها قبضت ، فيدخل في ضمانها بقبضه [١١] .

٢٢٨٥٣ – ولا يلزم إذا كان المهر عبدًا فأعتقته قبل القبض ، لأنها استهلكته بالعتق ، وأزالت يد الزوج عنه فضمنت الاستهلاك وإزالة اليد .

= المهر وإذا طلقها قبل الدخول وهو قياس المصنف .

(١) هذا إذا كان الموهوب عرضا ، قال في البحر : « لو وهبت العرض لأجنبي بعد قبضه ، ثم وهبه الأجنبي للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق ، والعين والدين في ذلك سواء ، لأنه لم يسلم له النصف من جهتها . انظر : البحر الرائق (١٧١/٣) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٣) في (ن) ، (ع) : [لا يتعيَّن] .

(٤) هذا عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولهذا لو سمى لها دراهم وأشار إليها له أن يحبسها ويدفع مثلها جنسا ونوعا وصفة ، ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول ، خلافًا لزفر .
انظر : البحر الرائق (٦٩/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٧/٢) .

(٥) الزيادة إما أن تكون زيادة منفصلة ، كأن كان المهر جارية فولدت ، أو شجرا فأثمر ، فإنه يرجع عليها بنصف القيمة ، لأن حق الزوج ينقطع بهذه العوارض . أما إن كانت الزيادة متصلة فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يضمنها في قول أبي يوسف وأبي حنيفة ، خلافًا لزفر ومحمد بن الحسن .
انظر : بدائع الصنائع ٢٩٦ ، فتح القدير (/٣٤٨،٣٤٩) .

(٦) في (م) : [قبضت] . (٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) إذا نقصت العين بعيب فاحش ثم طلقها قبل الدخول ، فإنه يرجع عليها بنصف قيمة العرض يوم قبضت ، وأما إذا كان يسيرا فلا يرجع عليها بشئ لأنه متحمل في باب النكاح فهو كالعدم . انظر : البحر الرائق (١٧١/٣) .

(٩) في (ن) : [يقبض] . (١٠) في (ن) : [يهب] .

(١١) انظر : المبسوط (٦٦/٦) .

٢٢٨٥٤ – ولا يلزم إذا ابتاعت به شيئًا ، لأنه دخل في ضمانها حين أخذت العوض عنه (١) ، ولأنها تبرعت على زوجها بمهرها فلم يرجع عليها إذا طلقها .

٢٢٨٥٥ – أصله : إذا تزوجها على أن لا مهر لها (٢) ، ولأن ما سقط من ذمة الزوج من المهر ، بسبب لا يوجب الضمان ، لا يجوز أن يرجع به عليها بعد الطلاق .

٢٢٨٥٦ – أصله : النصف الساقط بالطلاق ، ولأن العقد هو الموجب لسلامة المهر لها ، إن انضم إليه دخول وعود نصفه إلى الزوج بغير عوض إذا طلقها قبل الدخول ، فإذا وهبت فقد حصل له المستحق ، وزيادة على الوجه الذي يستحقه ، مع قيام سببه (٣) فيقع (٤) عن مستحقه كالدين المؤجل إذا عجل (٥) .

٢٢٨٥٧ – فإن قيل : المستحق عوده بسبب الطلاق ، فإذا عاد بسبب الهبة ، فهو عود بسبب آخر ، واختلاف جهات الملك باختلاف الأعيان المملوكة ، ولهذا لو كان عليه دين مؤجل فوهب الذي عليه الدين لغريمه مثله ، لم يسقط الدين عنه بالهبة . كذلك في مسألتنا .

٢٢٨٥٨ – قلنا : اختلاف جهات الملك ليس هو المعتبر فيما بين الزوج وبينها ، وإنما يعتبر بينه وبين بائعه (٦) فأما حقه معها فهو عود النصف إليه من جهتها بغير بدل ، وقد عاد ذلك فلا معتبر باختلاف الجهات ، وليس كذلك الدين المؤجل إذا وهب من عليه الدين مثله ، لأن المستحق في الدين أن يحصل لصاحبه قبض مضمون ، وذلك لا يوجد

---

(١) قال في البدائع : « وإذا باعته – المهر – أو وهبته على عوض ، ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه ، فيما له مثل أو بنصف القيمة فيما لا مثل له ، لأن المهر عاد إلى الزوج بسبب يتعلق به الضمان ، فوجب له الرجوع . وإذا ثبت له الرجوع ضمنها ، كما لو باعته لأجنبي ثم اشتراه الزوج من الأجنبي ، ثم إن كانت باعته قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع ، لأنه دخل في ضمانها بالبيع ، وإن قبضت ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض ، لأنه دخل ضمانها بالقبض . بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) .　　　(٣) في (ن) ، (ع) : [سننه] .

(٤) في (ن) : [فتقع] .

(٥) قال في المبسوط : « وجه الاستحسان أن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض ، وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق ، فلا يستوجب شيئًا آخر عند الطلاق ، كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الأجل شيء ، وهذا لأن الأسباب غير مطلوبة لأعيانها ، بل لمقاصدها فإذا كان ما هو المقصود واجبا حاصلا فلا عبرة باختلاف السبب » . إذا وهبت الصداق قبل القبض أو بعده انظر : المبسوط (٦٥/٦) ، المجموع (٢٩٩/١٧) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [تابعه] .

في الهبة فلذلك لم يسقط الدين [١] .

٢٢٨٥٩ - احتجوا : بأن الصداق عاد إليه بعقد مستأنف ، فوجب أن لا يمنع من رجوعه بنصفه إذا طلقها ، كما لو وهبت الصداق لأجنبي فوهبته له [٢] .

٢٢٨٦٠ - قلنا : هناك لم يعد إليه [٣] من جهتها بغير بدل ، فلم يوجد المستحق . وفي مسألتنا بخلافه . ولأن هناك قبض الأجنبي بأمرها فصار ذلك كقبضها ، فدخل في ضمانها ، كما لو قبضت بنفسها ، وهذا المعنى لا يوجد إذا وهبت [٤] قبل القبض .

٢٢٨٦١ - قالوا : عاد إليه الصداق بغير الوجه الذي يعود إليه به حين الطلاق ، فصار كما لو اشتراه منها ثم طلقها [٥] .

٢٢٨٦٢ - قلنا : هناك لم يعد إليه [على الوجه المستحق ، لما بينا أن المستحق أن يعود إليه من جهتها بغير عوض ، وهاهنا عاد إليه] [٦] بعوض .

٢٢٨٦٣ - قالوا : الصداق يرجع إلى الزوج قبل ثبوت حقه بالطلاق ، فوجب أن لا يسقط حقه من الرجوع بالنصف .

٢٢٨٦٤ - أصله : إذا كان الصداق ثمنًا .

٢٢٨٦٥ - قلنا : إن كان الصداق [٧] ثمنا ولم يقبضه حتى وهبته له فهي مسألة الخلاف ، لا فرق بين الأثمان وغيرها قبل القبض [٨] ، وإن كان الأصل إذا قبضت ، ثم وهبت فقد دخلت في ضمانها بالقبض ، فجاز أن يثبت الرجوع لوجود القبض المضمون . وقبل القبض لم يدخل في ضمانها ، ولا سلم [٩] لها شيء منه ، فلا يجوز أن يرجع عليها [١٠] .

٢٢٨٦٦ - ولا يلزم إذا قبضت العين ، ثم وهبتها لأنا عللنا جواز الضمان لأجل القبض ، وهبتها [١١] .

---

(١) انظر : الهداية (٢٣٠/٣) .

(٢) انظر : المغني مع الشرح (٧٣/٨) ، المبدع (١٥٩/٧) ، المهذب (٥٩/٢) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [إليها] .

(٤) في (م) : [وهب] .

(٥) انظر : المغني (٧٣/٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : الهداية (٢٠٨/١) ، فتح القدير (٣٤٥،٣٤٣/٣) مع العناية .

(٩) في (ن) ، (ع) : [نسلم] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

(١١) في (م) : [وههنا] . انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

مسألة ١١٥١

إذا سلمت المرأة نفسها فوطئها الزوج ، فهل لها أن تمتنع

٢٢٨٦٧ - قال أبو حنيفة : إذا أسلمت [1] نفسها فوطئها الزوج فلها أن تمتنع [2] منه حتى يعطيها مهرها .

٢٢٨٦٨ - وقال أبو يوسف ومحمد ليس لها الامتناع [3] .

٢٢٨٦٩ - وبه قال الشافعي [4] .

٢٢٨٧٠ - لنا : أنه وطء مستباح بعقد النكاح فكان لها منع الزوج منه حتى تستوفى المهر قياسا على الوطء الأول [5] ، ولأنه وطء يفتقر [6] إلى تمكينها ، فكان لها [حق الحبس منه بالمهر ، كالوطء الأول [7] ، ولأنه وطء حالة لو مات الزوج استحقت كمال المهر ، فكان لها منع نفسها به] [8] . كما بعد الخلوة [9] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [سلمت] . (٢) في (م) : [تمنع] .

(٣) محل الخلاف في المذهب فيما إذا كان الدخول برضاها وكذا الخلوة بها برضاها ، انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٨ ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، الهداية (٢٢٢/١) ، تحفة الفقهاء (٢١٢/٢) . وهو أحد الوجهين عند الحنابلة – واختاره ابن حامد . انظر : المبدع (١٧٦/٧) ، المغني (٨٠/٨) .

(٤) وبه قال الإمام مالك – وهو أحد الوجهين عند الحنابلة – انظر : المهذب (٥٧/٢) روضة الطالبين (٢٦٠/٧) مغني المحتاج (٢٢٣/٣) ، الكافي (١٥٦٠/٢) ، الشرح الصغير (٢١٣/٣) ، الإنصاف (٣١٢/٨) ، المبدع (١٧٦/٧) .

(٥) قال في بدائع الصنائع : « ولأبي حنيفة أن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع ، في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك ، لا بالمستوفى بالوطأة الأولى خاصة ، لأنه لا يجوز إخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابله احتراما للبضع ، وإبانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل ، فكان لها ذلك بالوطء في المرة الأولى ، فكان لها أن تمنعه عن الأول حتى تأخذ عن الثاني والثالث . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) . وقد نوقش هذا القياس بأن الوطء الأول جعل كجميع المعقود عليه في تقرير البدل ، فكان كجميعه في إسقاط الحبس ، كما أن المهر استقر بالوطء الأول ، فقام فيه مقام كل وطء ، ألا تراها لو ارتدت لم يؤثر في سقوط المهر ، وإن لم يستوف كل وطء في النكاح إلى الإسلام حل له وطؤها بالمهر المتقدم . انظر : الحاوي للماوردي ٥٠٦ .

(٦) في (ن) : [نفتقر] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، المغني (٨٠/٨) ، المبدع (١٧٦/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) هذا عند الإمام أبي حنيفة ، وخالفه الصاحبان ، انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) . وقد نوقش القياس على =

٢٢٨٧١ - فإن قيل : المعنى في الوطء الأول أن المهر [لم يستقر] [١] ، وفي [٢] مسألتنا وجد الوطء الذي يستقر به البدل برضاها .

٢٢٨٧٢ - قلنا : إذا كان أصل علتنا [٣] الخلوة ، لم نسلم أن المهر [لم يستقر] [٤] ، ثم هو فاسد لأن استقرار المهر مؤكد ، فإذا جاز أن تحبس نفسها بمهر لم يتأكد ، فلأن تحبس بما تأكد أولى .

٢٢٨٧٣ - ولأن المهر في مقابلة كل استمتاع يوجد في النكاح ، بدليل أنه لو كان في مقابلة الوطء الأول لم يجب عليها تسليم الثاني ، لأنها وفت [٥] ما في مقابلة البدل ، [٦] ولو كان يوجد وطء الحرة فيما بعد الوطء الأول بغير [٧] بدل وكان إذا وطئها مكرهة لا يجوز لها منع الوطء الثاني ، لأنه لا [٨] بدل في مقابلته [٩] ، فلم يبق إلا أن يكون المهر في مقابلة كل وطء يوجد في العقد ، والوطء الثاني مقابلة جزء من المهر ، فكان لها أن تمنع [١٠] نفسها حتى تستوفى [١١] بدله ، كالوطء الأول ، وكمن باع عبدين فسلم أحدهما فله حبس الآخر [١٢] يبين ذلك أن العقد إذا تناول المنافع كان العوض في مقابلة جميعها . أصله : الإجارة [١٣] .

٢٢٨٧٤ - احتجوا : بأنه وجد التسليم الذي استقر به البدل برضاها ، فلم يثبت لها حق الحبس . أصله : البائع إذا سلم المبيع [١٤] .

٢٢٨٧٥ - قلنا : لا يمتنع أن يستقر [١٥] البدل بالتسليم ، وإن عاد حق الحبس كما

= ما بعد الخلوة وقبل الوطء ، بأن المعنى في الأصل أنها لم تسلم ما استقر به المهر ، فجرى مجرى البيع قبل التسليم ، وليس كذلك بعد الوطء ، لأنها قد سلمت ما استقر به المهر ، فجرى المبيع بعد التسليم . انظر : الحاوي ٥٠٦ .

(١) في (ن) ، (ع) : [ما استقر] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يستقر] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [لا يستقر] .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) لا خلاف أنها إذا ماتت مكرهة أو صبية أو مجنونة فإنه لا يسقط حقها في الحبس . انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) .

(١٠) في (ن) : [يمنع] .

(١١) في (ن) : [يستوفى] .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، البحر الرائق (١٩١/٣، ١٩٢) ، تبيين الحقائق (١٥٥/٢) وفتح القدير (٣٧٢/٣) ، الاختيار (٤٨/٣) .

(١٣) انظر : بدائع الصنائع (١٧٤/٤، ١٧٥) .

(١٤) انظر : المغني (٨٠/٨) ، الشرح الكبير (١٠٢/٨) ، الاختيار (٤٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) .

(١٥) في (م) : [استقر] .

لو أفلس المشترى على أصلهم (١) ، ولأن استقرار البدل بالوطء وإن كان المراد به وجوبه أو ثبوت المطالبة به فقد كان ذلك قبل الوطء . وإن أرادوا به أن الفرقة إذا حصلت ، لم يسقط شيء منه ، لأن الفرقة تبين بها أنه ليس هناك معقود عليه سواه ، فلا معنى لذكر الاستقرار . ولأن المعنى في المبيع إذا سلم (٢) إليه لا يقف على تسليم ثان منها ، فلم يجز لها الحبس . ولما وجب عليها التسليم في النكاح بعد الوطء الأول دل على أن حق الحبس لم يسقط .

٢٢٨٧٦ - أو نقول : إن التصرف في المبيع بعد التسليم لا يقف على تسليمها ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن التصرف في الوطء يقف على تمكينها فيثبت لها فيه حق الحبس ، كمن باع عبدين فسلم أحدهما ، لمّا وقف التصرف في الآخر على تمكين البائع، جاز له حبسه (٣) .

٢٢٨٧٧ - قالوا : وجد التسليم الذي يتعلق به جواز التصرف ، فسقط حق الحبس ، كالمؤجر إذا سلم الدار المستأجرة (٤) .

٢٢٨٧٨ - قلنا : يبطل إذا خلت بين نفسها وبينه ، ثم منعته من الوطء فلها ذلك ، وإن وجد التسليم الذي يبيح التصرف (٥) .

٢٢٨٧٩ - ثم إن قاسوا على الإجارة التي أطلق العقد فيها ، فالأجرة (٦) عندنا لا تجب بالعقد ، فلا يثبت الحبس قبل التسليم وبعده لعدم استحقاق الأجرة ، وإن قاسوا على من أجّر وشرط تعجيل الأجرة ، [وتسلم الدار قبل تعجيل الأجرة] (٧) ، فقد اختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك .

٢٢٨٨٠ - فمنهم من قال : للمؤجر أن يرجع الدار ويحبسها ، كما لها في النكاح بعد العقد فلما لم تمنعه من وطئها ، فعلى هذا لا فرق بينهما (٨) .

٢٢٨٨١ - ومن أصحابنا من قال : ليس للمؤجر حق الحبس وذلك لأنه لو سلم الدار

---

(١) انظر : مغني المحتاج (١٥٨/٢) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [أسلم] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢، ٢٩٠) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي ٥٠٥ .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [فالإجارة] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [وتسليم الدار قبل التعجيل] .

(٨) انظر : نتائج الأفكار (٦٩/٩، ٧٠) ، رد المختار (٦/٥، ٧) .

فلم يسكنها المستأجر لم يثبت له حق استرجاعها ليحبسها ، كذلك بعد السكنى [١] ، و[٢] في النكاح لو سلمت المرأة نفسها إليه جاز لها أن تمنع قبل الوطء ، كذلك بعده .

٢٢٨٨٢ – وفرق آخر : وهو أن تسليم الدار كتسليم جميع المعقود عليه بدلالة أن المستأجر يجوز أن يؤجرها ، وبدلالة أن المنافع تحدث تحت يده ، ولا يفتقر في تسليمها إلى تمكين المؤجر ، فلم يثبت له المنع [٣] .

٢٢٨٨٣ – وفي مسألتنا المنافع تصير مسلمة ، بدلالة أنها إذا وطئت ، وكان البدل لها يفتقر الاستيفاء إلى تمكينها ، فلذلك يثبت لها حق الفسخ . فرق آخر : وهو أن إطلاق الإجارة لا يقتضي تعجيل الأجرة عندنا [٤] ، ثم لو شرط التعجيل ، أو عجل من غير شرط تعين [٥] مقتضى [٦] العقد ، حتى لا يثبت له استرجاع بما عجل ، كذلك المنافع يثبت حق الحبس فيها إذا كانت الأجرة معجلة [٧] ، فإن سلم الدار [٨] بغير مقتضى العقد ، لم يثبت استرجاعها ، [كما لا يثبت] [٩] في الأجرة إذا عجلت .

* * *

---

(١) انظر : نتائج الأفكار (٦٩/٩ ،٧٠) ، رد المحتار (٦/٥ ،٧) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : رد المختار (٥٦/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٤/٤) .

(٥) في (ن) : [يغير] .

(٦) في (ن) : [يقتضي] .

(٧) انظر : رد المختار (٦/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) : [مكررة] .

مسألة ١١٠٢

الزيادة في المهر بعد التسمية

٢٢٨٨٤ – قال أصحابنا : إذا زادها في المهر بعد التسمية جازت الزيادة ، ولزمت [(١)] .

٢/ب ٢٢٨٨٥ – وقال الشافعي : هي هبة مبتدأة ، فإن قبّضها صحت / ، وإن لم يقبّضها لم يلزم [(٢)] .

٢٢٨٨٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾ [(٣)] » ولا يخلو : إما أن يكون المراد بذلك النقصان ، أو الزيادة ، أو الهبة ، [فلا يجوز أن يكون المراد به [الحط ، لأن ذلك يقف عليها ، ولا يفتقر إلى التراضي] [(٤)] ، ولا يجوز أن يكون المراد به [(٥)] الهبة المبتدأه ، لأن ذلك لا تعلق له بالفريضة ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الزيادة [(٦)] .

٢٢٨٨٧ – ولأن العقد في ملكها ، بدلالة أنهما يملكان الخلع ، فجاز إثبات الزيادة كحال العقد [(٧)] ، وكالزيادة في الثمن في المجلس [(٨)] ، ولأنه يعتبر لصفة المهر ، فتعلق به

(١) هذا بشرط أن تكون الزيادة معلومة ، وأن تَقْبَل في المجلس ، أو يقبل وليها ، إن كانت صغيرة . ولو لم تقبل لم تلزم الزيادة خلافًا لزفر . انظر : المبسوط (٨٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، فتح القدير (١٤١/٣) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) والمسألة في الكتاب ، انظر : اللباب (١٦/٣) – وبه قال الإمام مالك – انظر : جواهر الإكليل (٣١٧/١) ، الشرح الصغير (٢٤٠/٣،٢٤١) ، – وبه قال الإمام أحمد في المنصوص عنه – ، انظر: المغني مع الشرح (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) .

(٢) انظر : حلية العلماء للقفال (٤٦٦/٦) ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، انظر : المغني (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه ، المصنف في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (٨٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) ، فتح القدير (٣٢٩/٣) ، المغني (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) ، البناية (٢٠٠/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٧) قال في تبيين الحقائق « ولأن ما بعد العقد كان لغرض المهر ، ولهذا جاز فرضه فيه إذا لم يفرض عند العقد ، فكان حالة الزيادة كحالة العقد فيستند إلى حالة العقد » . انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٢) . وبهذا تبين أن الزيادة بعد العقد كالزيادة حال العقد ، وهذا قياس المصنف .

(٨) الزيادة في الثمن جائزة ، وتصير كأن العقد ورد على كل من الأصل الزيادة جميعًا من الابتداء ، إلا أن الجواز مشروط بالقبول من الآخر ، حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة ، ومنها المجلس حتى =

الاستحقاق ، كالحط [١] ولأنه مال جعلاه في مقابلة البضع بعد النكاح ، فيتعلق به الاستحقاق ، كما لو تزوجها بغير تسمية ، ثم سمى لها مهرًا [٢] .

٢٢٨٨٨ – فإن قيل : المعنى [في هذا] [٣] أنه ينقسم بالطلاق .

٢٢٨٨٩ – قلنا [٤] : لم نسلم ذلك ، لأن عندنا يسقط المهر ، وتجب المتعة [٥] ، ولأنه عقد فيه عوض ، فجازت الزيادة في عوضه بعد انعقاده ، كالزيادة في الثمن حال المجلس [٦] ، ولأن كل حالة جازت الزيادة في الثمن جازت الزيادة في المهر ، كحال العقد .

٢٢٨٩٠ – احتجوا : بأن هذه الزيادة لو لحقت العقد لتنصف بالطلاق قبل الدخول ، كالمسمى في العقد [٧] .

٢٢٨٩١ – قلنا : عندنا أن جميع المسمى يسقط [٨] ، ويجب نصفه على طريق المتعة [٩] ، فلا نسلم الأصل ، ولأن المعنى فيما سمى في العقد أنه ملك [في مقابلة ملك البضع بتراضيهما ، فلذلك انقسم بالطلاق ، والزيادة لم تملك في مقابلة] [١٠]

= لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة ، لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب البيع فيهما ، فلابد من القبول في المجلس كما في أصل الثمن والمبيع . بدائع الصنائع (٢٥٨/٥، ٢٥٩) .

(١) في (ن) ، (ع) : [كالحط] . قال في العناية : باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئًا أو حط بعض الثمن جاز ، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الأصل والزيادة ، ولا يملك المشترى مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها إليه ، ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقى بعد الحط ، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك . انظر : العناية على الهداية (٥٢٠/٦) . فصح بهذا أن الاستحقاق يتعلق بالحط كما يتعلق الاستحقاق بالمهر ، وهو قياس المصنف .

(٢) إذا لم يسم لها مهرًا ، ثم فرض لها مهرًا بعد العقد ، فرضيت به فلها ذلك ، إن دخل بها أو مات عنها . وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافًا لأبي يوسف ، في القول الأول .
انظر : المبسوط (٦٤/٥، ٦٥) وهذا المفروض يتعلق به الاستحقاق ، فيجب للمرأة بكما له إن دخل بها أو مات عنها ، ونصف المفروض متعة من طريق الحكم إن طلقها قبل الدخول كما يتعلق الاستحقاق بالزيادة بعد المهر . وهو قياس المصنف .

(٣) في (ن) ، (ع) : [في هذه] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢، ٣٠٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٥٨/٥، ٢٥٩) .

(٧) انظر : المغنى (٨٨/٨) .

(٨) في (ن) : [فسقط] ، وفي (ع) : [فقط] .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢، ٢٩٧) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) وفي صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

ملك البضع فلم تنقسم [(١)] [(٢)] .

٢٢٨٩٢ - قالوا : البضع في ملك الزوج ، [فلم يجز] [(٣)] [أن يبذل عوضًا عن ملكه] [(٤)] .

٢٢٨٩٣ - قلنا : يبطل إذا [(٥)] تزوجها بغير مهر ، ثم فرض لها مهرا [(٦)] وبالعوض [عن البيع بعد عقدها ولأن عندنا الزيادة تلحق العقد وتصير كالموجودة في تلك الحال] [(٧)] فلا يكون عوضا عما هو على ملكه [(٨)] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [ينقسم] .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أن يبذل في مقابلة تلك عوضا عن ملكه] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٨) جاء في المغني : « وأما قولهم أنه يملك به شيئًا من المعقود عليه فهذا يبطل بجميع الصداق ، فإن الملك ما حصل به ، ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا إلزام عندهم ، فإنهم قالوا مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ، ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعًا ، كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرض - وكما قلنا جميعًا إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها » . انظر : المغني (٨٩،٨٨/٨) .

مسألة ١١٠٣

مقدار المهر إذا حدث وطء في النكاح الفاسد

٢٢٨٩٤ – قال أصحابنا : إذا وطئها بنكاح فاسد ، فلها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها .

٢٢٨٩٥ – وقال زفر : يجب مهر المثل [إذا كان هناك تسمية ، يصح أن تكون مهرًا] (١) .

٢٢٨٩٦ – وبه قال الشافعي (٢) .

٢٢٨٩٧ – لنا : أن كل عقد لو لم يكن فيه مسمى ، وجب بحكمه مهر المثل . وإذا كان هناك تسمية يصح أن تكون مهرًا لم تجز الزيادة عليها ، كالنكاح الصحيح (٣) .

٢٢٨٩٨ – فإن قيل : مهر المثل يجب بالوطء ، ولا يجب بالعقد (٤) .

٢٢٨٩٩ – قلنا : وجوبه بحكم العقد . ألا ترى أنه لولا العقد وجب الحد ، دون المهر (٥) . وعندهم لولا العقد ، لكان الوطء (٦) بتمكينها لا يوجب البدل (٧) ، ولأن المنافع عندنا لا قيمة لها إلا بعقد ، أو شبهة وقد بينا ها بالمسمى ، فما زاد عليه تراضيا بإسقاطه ، فلم يجب كما لو تراضيا بإسقاط جميع القيمة (٨) .

٢٢٩٠٠ – احتجوا : بأن ما وجب تقويمه بالعقد الصحيح (٩) ، والفاسد وجب في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، الهداية (٢١٠/١) ، فتح القدير (٣٦٣/٣،٣٦٤) ، تبيين الحقائق (١٥٣/٢) ، البناية (٢٤٣/٤) ، البحر الرائق (١٨٣/٣) واللباب (٢٢/٣) .

(٢) انظر : الأم (٧٦/٥) ، المهذب (٦٢/٢) ، وروضة الطالبين (٢٨٨/٧) ، زاد المحتاج (٣/ ٢٩٦،٢٩٧) .

(٣) قال في العناية : « ولابد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا ، فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية ، وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحا ، وذلك مهر المثل ، فيبطل ما زاد عليه ، وهذا يقتضي أن ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى ، لكن الزيادة على المسمى لا تجب . انظر : العناية (٣٦٤/٣،٣٦٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) .

(٤) أي أن مهر المثل عند المخالف يجب بالوطء ولا يجب بالعقد . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) .

(٥) انظر : الاختيار (٢٦١/٣) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [العقد] .

(٧) انظر : زاد المحتاج (٢٦١/٣) .

(٨) انظر : البناية (٥١٦/٦،٥١٧) .

(٩) ساقطة من (م) .

الفاسد قيمة كاملة كالأعيان [١] .

٢٢٩٠١ – قلنا : الأعيان متقومة بنفسها فلم يتعينّ تقويمها ، والمنافع غير مقومة بنفسها ، وإنما تتقوّم بالعقد فوجب اعتبار المقدار الذي قوماه دون ما زاد عليه [٢] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٢٣٣/٣) .

(٢) انظر : فتح القدير (٣٦٣/٣) ، العناية (٣٦٤/٣) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، البناية (٢٤٥/٤) .

مسألة ١١٠٤

إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما

٢٢٩٠٢ – قال أبو حنيفة : إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ، ثم أسلما فإن كانا بأعيانهما فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا بغير أعيانهما ، [فلها قيمة الخمر] [١] ، [ومهر المثل] [٢] في الخنزير .

٢٢٩٠٣ – وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في جميع الأحوال [٣] .

٢٢٩٠٤ – وبه قال الشافعي [٤] .

٢٢٩٠٥ – والكلام مع الشافعي يتفرع [٥] على أن الخمر والخنزير مال لأهل الذمة ، يصح تصرفهم فيهما ، فإن التسمية فيه صحت ، فوجبت المطالبة بها [٦] ، والكلام في هذا قد تقدم في الغصب ، فإذا ثبت هذا الأصل فقد ملكته المرأة بعينه ، والسبب الموجب بتسليمه إليها لا ينفسخ بالإسلام ، ولم يكن لها غير العين ، كما لو غصبها ذلك ثم أسلما [٧] .

٢٢٩٠٦ – ولا يلزم المبيع ، لأن العقد ينفسخ بالإسلام قبل التقابض ، ويسقط [٨] التسليم ، لفسخ السبب الموجب [٩] له [١٠] ، وهذا لا يلزم إذا كان المهر في الذمة ، فإن

(١) في (م) : [فلها قيمة الخمر أو خنزير ومهر المثل] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [مثل المثل] .

(٣) وقال محمد بن الحسن : « لها القيمة في الوجهين » ، انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي (٢١٤/٢) تبيين الحقائق (١٦٠/٢) .

(٤) وهو المشهور ، انظر : الأم (٦١/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، وروضة الطالبين (١٥٢/٧) ، نهاية المحتاج (٢٩٩/٦) ، حاشية البيجرمي (٣٨٠،٢٧٩/٣) .

(٥) في (م) : [نوع] .

(٦) انظر : المبسوط (٣٩،٣٨/٥) ، البحر الرائق (٢٠١/٣) ، تبيين الحقائق (١٥٩/٢) .

(٧) قال في المبسوط : « وأبو حنيفة يقول الإسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الإسلام قبضه كالخمر المغصوبة لا يمنع الإسلام استردادها ، لأن ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ، ومع من شاءت ببدل وبغير بدل ، فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ، ولا تملك العين ، انظر : المبسوط (٤٢/٥) .

(٨) في (ن) : [وسقط] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بالموجب] .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٢/٥) ، العناية (٣٨٩،٣٨٨/٣) ، البناية (٢٧٥،٢٧٤/٤) .

في تسليمها تمليكها بما في الذمة ، والإسلام يمنع من تمليك الخمر ، وتملكها [1] ، وإذا تعذر تسليم المهر بعد صحة التسمية ، وجب الرجوع إلى قيمته كما لو هلك المهر [2] .

٢٢٩٠٧ – وقد دللنا على هذا الأصل والمسألة مبنية على هذين الأصلين ، وقد كان القياس أن يجب قيمة الخنزير أيضًا [لما ذكرنا] [3] . وإنما استحسن لأن قبل الإسلام كانت تجبر على أخذ [4] قيمته على أصلنا فيمن تزوجت على حيوان بغير عينه ، والإسلام قد أوجب بغير التسمية .

٢٢٩٠٨ – فلو أوجبنا القيمة [5] بقيت التسمية على ما كانت عليه قبل الإسلام ، فلذلك وجب مهر المثل [6] .

٢٢٩٠٩ – وعلى أصل الشافعي التسمية لم تصح [7] ، فوجب مهر المثل بالعقد ، كالمسلم إذا تزوج على خمر [8] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [وتمليكها] .
(٢) انظر : المبسوط (٤٢/٥) .
(٣) في (ع) : [لما ذكرناه] .
(٤) في (ن) : [أحد] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [التسمية] .
(٦) انظر : المبسوط (٤٣/٥) .
(٧) في (ن) : [يصح] .
(٨) انظر : مغني المحتاج (١٩٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٩/٦) .

مسألة ١١٠٥

الخلوة الصحيحة توجب المهر كاملا

٢٢٩١٠ – قال أصحابنا : إذا خلا الرجل بزوجته خلوة صحيحة ، ثم طلقها فلها كمال المهر (١) .

٢٢٩١١ – وهو قول الشافعي في القديم (٢) .

٢٢٩١٢ – وقال في قول آخر : لها نصف المهر (٣) ، ولو أنها استدخلت الماء فحبلت ، أو جامعها فيما دون الفرج ، فسبق الماء فحبلت ، ففيه وجهان (٤) .

٢٢٩١٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ (٥) إلى قوله ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ

(١) الخلوة الصحية بين الزوجين البالغين المسلمين وراء ستر أو باب مغلق توجب المهر عند الأحناف ، والخلوة الصحيحة لها شروط ، أولها ألا يكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعًا ولا شرعا ، حتى إذا كان أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع ، أو صائما في رمضان ، أو محرما ، أو كانت هي حائضًا لا تصح الخلوة ، لقيام المانع طبعًا أو شرعًا . والثاني : ألا يكون هناك مانع حسي كالرتق ، والقرن ، والعفن وغير ذلك مما يمنع من جماعها . الثالث : يشترط في المكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنا فيه إطلاع غيرهما عليهما ، كالدار والبيت ولو لم يكن له سقف وما أشبه ذلك . انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ١٧٨ ، المبسوط (١٤٨/٥، ١٤٩) ، تحفة الفقهاء (٢٠٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢٩١/٢) ، الهداية (٢٠٥/١) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) . وبوجوب المهر بالخلوة قال الإمام أحمد في الصحيح من المذهب ، وأما إن وجد مانع يمنعه من وطئها كما ذكرنا فروايتان ، إحداهما : أن الخلوة لا يكمل بها الصداق ، والثانية يكمل . انظر : المغني (٦١/٨-٦٤) ، الإنصاف (٢٨٣/٨) .

(٢) قال في روضة الطالبين : « وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة ألا يكون هناك مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي كرتق ، أو قرن فيها أو جَبٌّ أو عِنّة فيه قطعا . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) .

(٣) وهو الجديد في المذهب ، انظر : مختصر المزني (٢٨٥/٨) ، المهذب (٥٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٦٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٢٥/٣) . وبه قال الإمام مالك إذا تصادقا على عدم المسيس انظر : الكافي (٥٥٨/٢) ، جواهر الإكليل (٣٠٨/١) .

(٤) أحدهما يستقر لأن رحمها قد صار مشغولا بمائه ، فهو كما لو وطئها ، والثاني : لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق إلى فرجها ماؤه . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) ، المجموع (٣٤٩/١٦) .

(٥) سورة النساء : الآية ٢٠ .

﴿ بَعْضُكُمْ ﴾ [١] فظاهر الآية أن الزوج إذا دفع المهر لم يجز أن يأخذ منه شيئًا في جميع الأحوال ، إلا ما منع منه مانع [٢] .

٢٢٩١٤ – فإن قيل : لم يذكر الطلاق ، وإنما ذكر الاستبدال ، ومن أراد الاستبدال لم يجز أن يأخذ شيئًا من المهر .

٢٢٩١٥ – قلنا : الاستبدال لا يكون إلا بمفارقة ، فأما مع بقائها فهو جمع [٣] ، وليس باستبدال . ولأنه علل منع الأخذ بالإفضاء ، ولم يرد به الفرقة ، لعلله ببقاء النكاح ثم قال : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ ﴾ [٤] .

٢٢٩١٦ – قال الفراء [٥] : الإفضاء الخلوة [٦] ومنه أفضيت إلى فلان سرى [٧] .

٢٢٩١٧ – [فإن قيل] [٨] : روى عن ابن عباس أنه قال : المراد بالإفضاء الجماع [٩] ، وهو أعرف بمعنى القرآن [من الفراء] [١٠] وقال الزجاج [١١] : الغشيان [١٢] .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢١ .

(٢) انظر : المبسوط (١٤٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [جميع] . (٤) سورة النساء : الآية ٢١ .

(٥) هو : الإمام النحوي يحي بن زياد بن عبد الله الديلمي أخذ العلم عن قيس بن الربيع ، ومندل بن على ، والكسائي وغيرهم ، وعنه سلمة بن عاصم ومحمد بن الجهم وغيرهم . قال ثعلب لولا الفراء لما كانت عربية ولسقطت . صنف التصانيف ، منها : معاني القرآن ، المصادر في القرآن ، النوادر ، المقصور والممدود ، حد النداء ، الحدود في النحو وغيرها من التصانيف ، مات سنة ٢٠٧ هـ بطريق مكة .انظر : طبقات اللغويين والنحاة (٣٣٣/٢) لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، وطبقات النحويين واللغويين صـ ١٣١ لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدى ، إنباه الرواة على أنباء النحاة (١٧/٤) للوزير جمال الدين على بن يوسف القفطى ، معجم الأدباء (١٤٩/٢٠) للعلامة ياقوت الحموي .

(٦) انظر : معاني القرآن للفراء (٢٥٩/١) .

(٧) انظر : الصحاح للجوهري (٢٤٥٥/٦) . (٨) في (م) : [وقيل] .

(٩) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه – باب وجوب الصداق – عن ابن عباس ، وسعيد بن منصور في سننه – باب فيما يجب به الصداق (٢٠٤/٣/١) ، البيهقي في السنن الكبرى باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٥٤/٧) . (١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن السرى بن سهل الزجاج ، نحويّ العراق ، أخذ العلم عن المبرد ، كان من أهل الفضل والدين ، حسن الاعتقاد جميل المذهب ، له من التصانيف : معاني القرآن ، الاشتقاق ، النوادر ، مختصر النحو والعروض ، خلق الإنسان وغيرها من التصانيف ، مات سنة ٢١١ هـ . انظر : بُغية الوعاة (٤١١/١) ، طبقات النحويين و اللغويين ص ١١١ ، أنباء الرواة (١٥٩/١-١٦٦) معجم الأدباء (١٣٠/١-١٥١) .

(١٢) انظر : معاني القرآن وإعرابه للزجاج (٣١/٢) .

٢٢٩١٨ - وقال القتبي [١] : في غريب القرآن : هو الجماع .

٢٢٩١٩ - قالوا [٢] وإنما الفراء يفسر القرآن بمذاهب [٣] أهل الكوفة [٤] .

٢٢٩٢٠ - قلنا : أَما ابن عباس فالذي روى عطاء [٥] عنه ، أنه قال : إذا فوض إلى الرجل [٦] فطلق قبل أن يمس ، فليس لها إلا المتاع [٧] [٨] وهذا يدل أنه يجب لها المتعة إذا فوّض إليه ، وهذا يحتمل الخلوة ، ويحتمل أن المهر فوّض إليه ، فإن أراد الخلوة ، دل على أن التفويض عند الخلوة ، بخلاف ما حكوا ، وقد قال أبو الحسن بن كيسان [٩] : الإفضاء بلوغ الشيء ، وانتهاؤه إليه [١٠] .

٢٢٩٢١ - قال الفراء و [١١] قد أفضى أن يخلو بها ، وإن لم يجامعها [١٢] . يدل

---

(١) هو : النحوي اللغوي ذو الفنون عبد الله بن مسلم بن قتيبة المروزى ، ولد ببغداد ونشأ بها ، أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، ومحمد بن زياد ، وأبي حاتم السجستاني وأخذ عنه ولده أحمد وغيره من العلماء . قال محمد بن إسحاق النديم : كان صادقا فيما يرويه ، عالمًا بالنحو ، وغريب القرآن ومعانيه ، والشعر والفقه ، وكثير التصانيف والتأليف . له من التصانيف غريب القرآن ، وغريب الحديث ، مشكل القرآن ، ومشكل الحديث ، عيون الأخبار ، الشعر والشعراء وغير ذلك من التصانيف ، مات سنة ٢٧٦ هـ . انظر : طبقات الزبيدى ص (١٣٥،١٣٦) أنباء الرواة (١٤٣/٢-١٤٧) ، معجم الأدباء (٢٩٦/١٢-٣٠٥) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [قال] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [بمذهب] .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية في تفسير الإفضاء بالخلوة فيما ذهب إليه الفراء ، وفحوى الاعتراض أن ابن عباس ، والزجاج ، وابن قتيبة قد فسروا الإفضاء بالجماع .

(٥) هو : عطاء بن أبي رباح أبو محمد القرشي شيخ الحرم المكي روى عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وجابر ومعاوية وغيرهم ، وروى عنه مجاهد بن جبير والزهري ، وقتادة والأعمش وغيرهم . قال الأوزاعي : مات عطاء يوم مات وهو أرضى أهل الأرض عند الناس . مات سنة ١١٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٩/٧ - ٢٠٣) ، الجرح والتعديل (٣٣٠/٦-٣٣١) ، ميزان الاعتدال (٧٠/٣) ، التاريخ الكبير (٤٦٣/٢٩٠/٢) .

(٦) في (ن) : [رجل] .

(٧) في (ع) : [متاع] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - ما قالوا في الرجل يطلق ولم يفرض ، من قال يجبر على المتعة ، ولفظه « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها وقبل أن يفرض فليس لها إلا المتاع » . انظر : المصنف (١٥٤/٥) .

(٩) هو : محمد بن أحمد بن إبراهيم بن كيسان النحوي - أخذ العلم عن المبرد ، وثعلب وأخذ عنه أبو حيان وغيره ، قال أبو حيان : « ما رأيت مجلسا أكثر فائدة وأجمع لأصناف العلوم والتحف والنتف من مجلسه » ، له من التصانيف : المهذب في النحو ، البرهان ، معاني القرآن ، غريب الحديث ، علل النحو وغيرها من المصنفات ، مات سنة ٢٩٩هـ . انظر : بغية الوعاة (١٨/١-١٩) ، طبقات الزبيدى ص (١٥٣) أنباء الرواه (١٩٦/٤) .

(١٠) انظر : جامع البيان عن تأويل القرآن (٣١٤/٣) محمد بن جرير الطبري .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) انظر : معاني القرآن للفراء (٢٥٩/١) .

على صحة هذا قول علقمة الفحل (١) : بيت (٢) .

٢٢٩٢٢ - وأنت امرؤ أَفْضَتْ إليك أمانتي وقَبْلكَ رَبَّتْني ، فَضِعْتُ (٣) ، رَبوبُ (٤) .

٢٢٩٢٣ - وقول الزجاج : إنه الغَشيان (٥) . يريد حقيقة هذه اللفظة في اللغة ، بل لا يجهل أحد من أصاغر أهلها ، أن حقيقة أفضيت إلى الشيء وأفضي (٦) وصلت إليه (٧) ولكنه جعل ذلك كناية عن الجماع عنده ، كما جعل الرفث (٨) ، وإن كان حقيقته الكلام (٩) .

٢٢٩٢٤ - ثم قال الزجاج : وقال بعضهم إذا خلا فقد أفضى ، غشى أو لم يغش (١٠) . فأبان عن غرضه بحكاية خلاف مذهبه ، وتركه الاعتراض عليه على عادته في كتابه ، ولو كان خلافًا في حقيقة اللغة لردَّه ، كما يرد ما خالف قوله ، مما هو من علمه من أول كتابه إلى آخره ، فقد بان بهذا أن ما قاله الفراء هو اللغة [ولو كان غير ذلك] (١١) لذكر سوى هذه ، وأن غيره دون اللغة .

٢٢٩٢٥ - فإن قيل : لو أراد الخلوة لقال : وقد أفضى بعضكم [إلى بعض] (١٢) . [كما يقال خلا بعضكم ببعض] (١٣) .

---

(١) هو : علقمة بن عبدة بن تاشرة التميمي . قيل له الفحل من أجل رجل آخر كان يقال له علقمة الخصي ، وقيل غير ذلك ، كان من أقران امرؤ القيس ، وهو أحد شعراء الجاهلية مات سنة ٦٥١ م . انظر : الشعر والشعراء (١/٢٢٤-٢٨٨) لابن قتيبة خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب (٣/٢٨٢-٢٨٤) لعبد القادر بن عمر البغدادي ، المؤتلف والمختلف ٢٢٧ ط لأبي القاسم الحسن بشر . تحقيق عبد الستار فرج .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فصعب] .

(٤) في (ع) : [ديوب] . انظر : ديوان علقمة الفحل ص ١٥ .

(٥) انظر : معاني القرآن للزجاج (٢/٣١) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أفضى] ، وفي غيرها : « فضى » .

(٧) انظر : لسان العرب باب الفاء ج (٥/١٨١٩) .

(٨) الرفث هو الفحش من القول انظر : مختار الصحاح ٢٧٠ باب الراء .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها .

(١٠) انظر : معاني القرآن وإعرابه للزجاج ج (٢/٣١) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(١٢) هكذا في النسخ وهو خطأ والسياق يدل على أنه » أفضى بعضكم ببعض « .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

٢٢٩٢٦ – قلنا : ولو كان المراد الوطء لقال : وقد أفضى بعضكم ببعضكم [١] ، لأنه يقال : دخل بها ، ولا يقال : دخل إليها فسقط هذا ، وبان أن الأدوات تتبع الألفاظ ولا تتبع المعاني .

٢٢٩٢٧ – قالوا : عندكم الإفضاء كناية عن الخلوة ، والعرب تكنى عن المستقبح ، والخلوة غير مستقبحة [٢] ، فلا يكنى عنها [٣] .

٢٢٩٢٨ – قلنا : الإفضاء عندنا ليس بكناية [٤] ، وإنما هو حقيقة في الخلوة [٥] ، فقد عبر عنها بإحدى الحقيقتين ، ولأن العرب تكنى عن الحسن ، والقبيح جميعا ، ويدل عليه ما روى أبو الأسود [٦] ، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان [٧] قال : قال رسول الله ﷺ : « من كشف خمار امرأة ، ونظر إليها ، وجب لها الصداق ، دخل بها ، أو لم يدخل » [٨] وكشف الخمار لا يكون إلا في خلوة ، فقد عبر بذلك عنها [٩] .

٢٢٩٢٩ – فإن قيل : معناه وجب لها أن تتسلم المهر [١٠] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [إلى بعض] .
(٢) في (ن) : [مستحقة] .
(٣) انظر : الحاوي ٥٤٢ .
(٤) في (ن) : [بكاية] .
(٥) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٢/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣٢) .
(٦) هو : محمد بن عبد الرحمن بن نوفل بن خويلد المدني روى عن عروة ، والأعرج ، وعلى بن الحسين ، وسليمان بن يسار وغيرهم ، وروى عنه : الزهري ، ومالك والليث بن سعد وابن لهيعة وغيرهم . قال النسائي : ثقة ، مات في آخر سلطان بنى أمية . انظر : الثقات لابن حبان (٣٦٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٠٧/٩،٣٠٨) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٣١/٢) .
(٧) هو : محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان القرشي المدني روى عن : أبي هريرة ، وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه : الزهري والزبير بن عثمان ويحيى بن سعيد وغيرهم ، قال النسائي وأبو زرعة : ثقة . مات سنة ٧١ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٧٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٩٤/٩،٢٩٥) ، الجرح والتعديل (٣١٢/٧) .
(٨) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل – باب في المهر – لأبى داود ص (٢٣،٢٤) ، والدارقطني في سننه – باب المهر – « بلفظ من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب لها الصداق دخل بها أو لم يدخل (٣٠٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، السنن الكبرى (٢٥٦/٧) ، الجوهر النقي (٢٥٦/٧) .
(٩) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، الهداية مع فتح القدير (٣٣٢/٣) ، البناية (٢٠٣/٤) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، البحر الرائق (١٦٢/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٢) .
(١٠) اعتراض للمخالف على استدلال الحنفية بحديث محمد بن عبد الرحمن بأنه محمول على أنه يجب تسليمه بكشف الخمار .

٢٢٩٣٠ - قلنا : المهر يجب تسليمه قبل تسليم المرأة نفسها ، ثم ظاهر الخبر أن الوجوب صفة للمهر ، فهم يجعلونه صفة للتسليم .

٢٢٩٣١ - قالوا : كشف الخمار كناية عندكم على الخلوة ، وعندنا على [الوطء [1] .

٢٢٩٣٢ - قلنا : كشف الخمار] [2] لا يعبر به عن الوطء كناية ، والعادة أنه لا يكون إلا في الخلوة ، فيجوز أن يذكر ، لأنه الأغلب في الحال ، ويدل عليه ما روى عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبي طالب أنهما قالا : « إذا أغلق بابًا ، وأرخى سترًا ، وجب المهر » [3] ، وعن ابن عمر [4] ، ومعاذ [5] وزيد [6] بن ثابت [7] مثله [8] ، وعن

(١) انظر : المجموع (٣٤٩/١٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه - باب المهر - عن عمر ، الدارقطني (٣٠٧/٣) ، سعيد بن منصور في سننه - باب فيما يجب به الصداق (٢٠١/٢) ، و البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٥/٧) باب من قال أغلق بابًا وأرخى سترًا فقد وجب الصداق ، وعبد الرزاق في المصنف - باب وجوب الصداق بنحوه (٢٣٦/٤) ، والإمام مالك في موطأه - باب إرخاء الستور بنحوه (٥٢٨/٢) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه باب وجوب الصداق عن ابن عمر قال : إذا غلقت الأبواب وأرخيت الستور وجب الصداق . انظر : المصنف (٢٣٦/٤) .

(٥) هو : معاذ بن جبل بن عمر بن حشم الأنصاري الخزرجى ، إمام الفقهاء وكنز العلماء ، روى عن النبي ﷺ ، وعنه : عمر ، وأنس ، وأبو أمامة الباهلى ، وأبو قتادة ، ومن التابعين عبد الرحمن بن غنم ، وأبو إدريس الخولانى ، وجنادة بن أبي أمية وغيرهم ، كان عالمًا بالحلال والحرام ، مات سنة ١٨ هـ في طاعون عمواس . انظر : الاستيعاب (١٤٠٢/٣-١٤٠٧) ، أسد الغابة (١٩٤/٥ -١٩٧) ، الإصابة (١٣٦/٦-١٣٩) .

(٦) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن مكحول قال : اجتمع نفر من أصحاب النبي - ﷺ - فقال عمر ومعاذ : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق . انظر : المصنف (٢٣٥/٤) - باب وجوب الصداق .

(٧) هو فقيه المدينة أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك بن النجار الأنصاري روى عن النبي ﷺ ، وأبي هريرة ، وأبي سعيد ، وابن عمر ، وأنس ، وسهل بن سعد ، وغيرهم . وعنه : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد ، وسليمان بن يسار ، وغيرهم . فضائله أكثر من أن تحصى ، فهو الذي جمع القرآن وكتب الوحي لرسول الله ﷺ ، وكان من أعلم الصحابة بالفرائض وغيرها من الفضائل ، مات سنة ٤٥ هـ في قول الأكثر انظر : الاستيعاب (٥٣٧/٢) ، أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٩٢/٢) .

(٨) روى ذلك عنه الإمام مالك في الموطأ - باب إرخاء الستور - عن ابن شهاب عن زيد بن ثابت ، كان يقول : إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق (٥٢٨/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف - باب وجوب الصداق (٢٨٦/٦) ، وسعيد بن منصور في سننه (٢٠٢/٢) باب فيما يجب به الصداق ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال : « من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب المهر (٢٥٦/٧) ، الدارقطني في سننه (٣٠٧/٣) باب المهر .

زرارة بن أبي [١] قال : قضى الخلفاء الراشدون ، والمهديون إذا أغلق الباب ، وأرخى الستر ، أن لها المهر كاملا ، وعليها العدة [٢] .

٢٢٩٣٣ – فإن قيل : هذا يقتضي وجوب المهر ، فكذلك نقول : إنه يجب تسليمه كما سلمت نفسها .

٢٢٩٣٤ – قلنا : قوله : وعليها العدة يفيد [٣] الطلاق ، وقد بينا أن الخبر لا يجوز أن يحمل على وجوب التسليم .

٢٢٩٣٥ – فإن قيل [٤] : روى عن ابن عباس [٥] ، وابن مسعود [٦] ، فيمن خلا بامرأته ، ثم طلقها أن عليه [٧] نصف المهر [٨] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) . هو : زرارة بن أبي أوفى النخعي أبو عمر روى عن أبيه ، له صحبة ، مات في زمن عثمان بن عفان ﷺ انظر : الإصابة (٥٥٨/٢) الاستيعاب (٥١٧/٢) ، أسد الغابة (٢٥٣/٢) .

(٢) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب وجوب الصداق (٢٨٨/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه باب ما يجب به الصداق (٢٣٥/٤) ، وسعيد بن منصور في سننه – باب فيما يجب به الصداق (٢٠٢/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى – باب من أغلق بابا وأرخى سترا – (٢٥٥/٧،٢٥٦) .

(٣) في (ن) [يعتد] . وقد حكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة ، وقال أبو بكر الرازي هو اتفاق الصدر الأول ، انظر : المبسوط (١٤٦/٥) ، البناية (٢٠٢/٤) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) تبيين الحقائق (١٤٢/٢) ، كشاف القناع (١٥١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٧٦/٣) ، الكافي (٧١٩/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣) .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية بما روى عن زرارة بن أبي أوفى بأنه خالفهم في ذلك ابن عباس وابن مسعود ﷺ حيث قالا : لها نصف المهر .

(٥) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف باب من قال لها نصف الصداق (٤٣٦/٤) ، عن ابن عباس أنه قال في الرجل إذا دخلت عليه امرأته ثم طلقها فزعم أنه لم يمسها قال : عليه نصف الصداق ، وعبد الرزاق في المصنف باب وجوب الصداق (٢٩٠/٦) ، و البيهقي في السنن الكبرى باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٤٥/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه (٢٠٤/٣) باب فيما يجب به الصداق .

(٦) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى – باب من قال لها نصف الصداق – (٢٥٥/٧) عن ابن مسعود ، قال : « لها نصف الصداق وإن جلس بين رجليها » ، وابن أبي شيبة في المصنف من قال لها نصف الصداق (٢٣٦/٤) .

(٧) في (م) : [عليها] .

(٨) قال في المغني : ما رووه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد يرويه ليث بن أبي سليم وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع . قاله ابن المنذر ، المغني (٦٢/٨) ، وقال البيهقي في السنن الكبرى فيه انقطاع بين الشعبي وابن مسعود ، السنن الكبرى ج(٢٥٥/٧) .

٢٢٩٣٦ – قلنا : يحتمل أن يكون قالا ذلك في الخلوة الفاسدة ، حتى لا يحتمل قولهما ، على ما يخالف الإجماع الظاهر ، ولأن التسليم المستحق بالعقد وجد ، فوجب أن يستقر البدل .

٢٢٩٣٧ – أصله : التخلية في العقار [1] .

٢٢٩٣٨ – ولا يلزم الخلوة الفاسدة ، لأن التسليم المستحق بالعقد ، هو التسليم الذي يمكن معه [2] القبض ، من غير مانع [3] .

٢٢٩٣٩ – فإن قيل : التسليم المستحق بالعقد هو الوطء .

٢٢٩٤٠ – قلنا : ذلك هو التسليم ، وليس بتسليم .

٢٢٩٤١ – فإن قيل : العقار لا يستقر البدل فيه بالتخلية ، حتى يصير بحيث لو اختلف المشترى وغيره فيه كان القول قول المشتري . وهذا لا يوجد في النكاح ، لأن [4] البضع لا يحصل تحت يده بالتخلية ، بدلالة أن زوجا آخر لو ادعى العقد لم ترجح دعوى صاحب الخلوة [5] .

٢٢٩٤٢ – قلنا : اليد تثبت [6] عليها بالتسليم ، كما تثبت [7] عليها بالإجارة ، إذا سلمت نفسها / ، ولو كانت مما لا [8] قول لها في نفسها مثل المجنونة ، والصغيرة ، لرجح قول الذي هو في يده عندنا . ٢٥٧/أ

٢٢٩٤٣ – وقد قالوا : لو تنازع رجلان في امرأة ، وأقاما [9] البينة ، والمرأة في يد أحدهما ، كان أولى بها [10] ولو لم يكن لأحدهما يد بها تهاترت البينتان [11] .

---

(١) قال في المبسوط : ولأنها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد ، فيتقرر حقها في البدل ، كما إذا وطئها ، لأن البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل ، لا باستيفاء من عليه ، كما في البيع والإجارة إذا خلّى البائع بين المبيع والمشترى ، أو خلى المؤجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل ، وإن لم يستوف . المبسوط (١٤٩/٥) وبهذا تبين أن التخلية في العقار توجب البدل كما أن الخلوة في النكاح توجب البدل ، وهو قياس المصنف .

(٢) في (ع) : [وجه] .

(٣) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) بدائع الصنائع (٩٢/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : الحاوي ٥٤٤ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .

(٧) في (ن) : [يثبت] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في جميع النسخ [وأقام] ، والصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ن) : [بهما] .

(١١) في (ن) ، (ع) : [البينان] . لو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ، ويقيم البينة ، فإن كانت في بيت أحدهما وكان قد دخل بها فهي امرأته ، لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله ، فإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة =

٢٢٩٤٤ - ولأنه عقد على استباحة المنافع ، فجاز أن يستقر البدل فيه بالتخلية . أصله : الإجارة .

٢٢٩٤٥ - أو نقول : فجاز أن يقوم التمكين من استيفاء المنفعة مقام الاستيفاء في استقرار البدل [١] ، وهذا الوصف صحيح في الأصل [٢] ، والفرع [٣] ، لأن كل واحد من العقدين أباح استيفاء المنافع بعد حظرها [٤] ، ولأن التخلية [التي اقتضاها العقد ، قد وجدت ، فوجب أن يستقر البدل .

٢٢٩٤٦ - أصله : التخلية] [٥] في الإجارة [٦] ، ولا يلزم إذا استأجر دابة إلى الكوفة ، فسلمها ببغداد ، أنه لا يستحق الأجرة ، لأن التخلية [في الإجارة] [٧] التي اقتضاها العقد هي التخلية في أماكن المسير المعقود عليها ، ولهذا لو ساقها المؤجر مع المستأجر [٨] إلى الكوفة ، فلم يركبها استحق [٩] الأجرة .

٢٢٩٤٧ - قالوا : العوض في النكاح في باب الاستقرار ، يخالف البيع ، والإجارة . بدلالة أنه يستقر بالوطء الأول دون غيره ، والكل معقود عليه ، ويستقر [١٠] بالموت ،

= أنه الأول فهو أحق بها ، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده ، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة . وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته ، إما لأن بينته تترجح بإقرارها ، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذّر العمل بهما ، بقي تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح ، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ، وإذا لم تقر بشيء من ذلك فرق بينهما وبينها ، فإن كانا لم يدخلا بها ، فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ، وإن كانا قد دخلا بها جميعا ، ولا يدرى أيهما أول ، فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ، ومن مهر المثل . انظر : المبسوط (١٥٦/٥) .

(١) قال في العناية : « فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ، ولم يمنع من استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ، ولم يستوفها وجب الأجر ، لأن الواجب على المؤجر تسليم العين التي تحدث فيها المنفعة في مدة الإجارة في مكان العقد ، لأن تسليم عين المنفعة غير متصور ، فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة . انظر : العناية (٧١/٩) . وبهذا تبين أن التمكين من الاستيفاء في الإجارة يوجب البدل ، كما أن البدل في النكاح يجب بالتمكين وبالتخلية . وهذا قياس المصنف .

(٢) الأصل المراد به هنا عقد الإجارة . (٣) المراد به التخلية في النكاح .

(٤) في (ن) : [طرها] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٣/٢) ، البداية (٢٠٣/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٨) في (ن) ، (ع) : [المؤجر] .

(٩) انظر : نتائج الأفكار (٧٢،٧١/٩) ، العناية (٧٢،٧١/٩) ، البناية (٨٨٤/٦) .

(١٠) في (م) : [ولا يستقر] .

ويستقر نصفه بالطلاق ، وفي كل ذلك هو مخالف للأجر ، والثمن .

٢٢٩٤٨ - قلنا : هذا دلالة لنا لأن المهر إذا كان يستقر بأسباب لا يستقر بها الأجر[1] ، والثمن ، فأولى أن يستقر بالتخلية التي يستقر بها الأجر [2] والثمن .

٢٢٩٤٩ - فإن قيل : المنافع مقدرة بالزمان ، فيتعينّ حق المستأجر في المدة ، فإذا تلفت المنافع تحت يده ، استحق عليها البدل ، وفي النكاح لا تتقدر [3] المنافع بالمدة ، فلا يستقر البدل بالتخلية .

٢٢٩٥٠ - قلنا : النكاح [لا يتقدر بالمنافع] [4] وإن لم يتقدر بالمدة ، فحق الزوج متعينّ في جميع العمر ، والبدل على قولهم : يستقر بوطء واحد ، فقد حصلت التخلية فيما يستقر به البدل ، فصار كالتخلية في مدة الإجارة .

٢٢٩٥١ - فإن قيل : البدل في الإجارة يستقر ، لأن المنافع تتلف تحت يد المستأجر » فتستقر [5] الأجرة بهلاكها ، وهذا لا يوجد في النكاح [6] .

٢٢٩٥٢ - قلنا : فوات المنافع تحت يده في أحد العقدين كهى [7] في الآخر .

٢٢٩٥٣ - وقد بينا أن يده تثبت على منافع بضعها ، كما ثبتت [8] في الإجارة ، ولأن الوطء استهلاك المعقود عليه واستقرار البدل لا يقف على استهلاك المعقود عليه أصله : عتق العبد المبيع و أكل الطعام .

٢٢٩٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [9] .

٢٢٩٥٥ - قالوا : وهذا طلاق قبل المسيس .

٢٢٩٥٦ - قلنا : اللمس لا يعبر به عن الوطء ، وقد امتنعت اللغة [وكلام

---

(١) في (ن) : [الأخر] .
(٢) في (ن) : [الأخر] .
(٣) في (ن) : [يتقدر] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يتقدر فيه المنافع] .
(٥) في (ن) : [فيستقر] .
(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي النكت على قياس الحنفية في قياسهم التخلية في النكاح كالتخلية . فتستقر الأجرة وهذا لا يوجد في النكاح لأن العين ترد كما أخذت فهو كما لو رد العين قبل أن تتلف منافعها . انظر : النكت ورقة ٢١٢ .
(٧) في (ن) ، (ع) : [لهى] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

العرب] (١) فلم يوجد ذلك في شيء من كلامهم ، وإنما يزعم مخالفنا أنه كناية عن الوطء ، ونحن نقول : إنه كناية عن الخلوة ، لأن الإنسان لا يمس امرأته في العادة [إلا في خلوة] (٢) وإن لم يكن التعلق بحقيقته ، فليس ما يقوله مخالفنا أولى مما نقوله (٣) .

٢٢٩٥٧ – فإن قيل : أليس قلتم في قوله تعالى : ﴿ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ (٤) إنه الجماع .

٢٢٩٥٨ – قلنا : اللمس قد يستعمل في الجماع كناية ، وإنما أنكرنا أن يستعمل اسم اللمس فيه ، لأن ذلك لا يوجد في اللغة (٥) .

٢٢٩٥٩ – فإن قيل : قد قال اللّٰه تعالى في قصة مريم : ﴿ وَلَمْ يَمْسَسْنِى بَشَرٌ ﴾ (٦) .

٢٢٩٦٠ – قلنا : كانت مترهبة ، فأخبرت أنها لم يقرب أحد منها ، لتنفى بذلك ما زاد عليه ، والعجب من مخالفينا عليًا يقولون في هذه المسألة إن (٧) الإفضاء الجماع ، لأن ابن عباس أعلم بمعاني القرآن من الفراء . وشواهد اللغة مع الفراء (٨) ، ثم لا يقولون ها هنا : إن عمر بن الخطاب ، وعليًا ، ومعاذا ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، أعلم بمعاني القرآن ، وقد أوجبوا المهر بالخلوة ، فدل على أنهم لم يحملوا اللمس على الجماع ، ولم يقابل قولهم بقوله أحد من أهل اللغة ، ولا يشاهد منها .

٢٢٩٦١ – قالوا : طلاق قبل الإصابة ، فوجب أن يعود إليه نصف المهر ، كما لو كان قبل الخلوة .

٢٢٩٦٢ – قلنا : الإصابة هي هلاك المعقود عليه ، واستقرار البدل لا يقف على ذلك في المعقود عليه (٩) بدلالة عتق العبد وأكل الطعام ، وينتقض إذا استدخلت الماء(١٠) ، فعلقت ، ثم طلقها ، وماتت عندهم ، ففي استقرار المهر وجهان ، والعدة واجبة ، لا يختلف المذهب فيه ، والبينونة [لا تقع] (١١) بالطلاق ، فإذا حصل الموت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، البناية (٢٠٣/٤، ٢٠٤) ، البحر الرائق (١٦٢/٣) .
(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .
(٥) انظر : المبسوط (٦٨/١) ، بدائع الصنائع (٣٠/١) .
(٦) سورة مريم : الآية ٢٠ .
(٧) في (ن) ، (ع) : [لأن] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [الغر] .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٠) ساقط من (م) .
(١١) في (ن) ، (ع) : [يقع] .

لم يسقط شيء من المهر ، فهذا طلاق قبل المسيس ، ولم يعد نصف المهر إليه .

٢٢٩٦٣ – والمعنى في الأصل أنه لم يوجد التسليم المستحق عليها ، ولا استوفى [١] الزوج المعقود عليه [٢] فلم يستقر البدل .

٢٢٩٦٤ – وفي مسألتنا وجد التسليم المستحق بالعقد ، فاستقر البدل ، كما لو سلمت نفسها فوطئها .

٢٢٩٦٥ – ولا يلزم على هذا الأصل إذا أكرهها على الوطء ، لأن التسليم لم يوجد ، لكن الزوج استوفى المعقود عليه [٣] ، فنظيره [٤] : المشترى إذا أعتق العبد ، قبل القبض ، أو قبض المبيع بغير إذن البائع [٥] .

٢٢٩٦٦ – ولا يلزم إذا خلا بها ، وهي حائض ، أو محرمة ، لأنه لم يوجد التسليم المستحق بالعقد ، فإن على المستحق عليها أن تسلم نفسها تسليمًا ، لا يوجد في العقد أزيد [٦] منه ، ولهذا نقول : إن خلوة المجبوب [٧] صحيحة ، لأنه لا يوجد في عقد أزيد [٨] من هذا التسليم [٩] .

٢٢٩٦٧ – فإن قيل : لو تزوجها ، وهو صحيح ، ثم جُبَّ فخلا بها [١٠] استقر المهر عندكم [١١] وليس هذا التسليم [المستحق بالعقد .

٢٢٩٦٨ – قلنا :] [١٢] المستحق عليها بالعقد تسليم لا يوجد في العقد أزيد منه ، فإذا طرأ الجب ، فقد وجد التسليم بالصفة المستحقة ، فاستقر لها البدل [١٣] .

٢٢٩٦٩ – قالوا : خلوة لم تتضمن [١٤] إصابة ، فوجب أن لا يستقر بها المهر ، ولا يجب بها [١٥] العدة إذا خلا بها وهو محرم ، أو صائم [١٦] .

---

(١) في (م) : [يستوفى] .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) ، البحر الرائق (١٦٣/٣) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٥) .
(٦) في (ن) : [أريد] .
(٧) الجَبُّ بالفتح هو : القطع ، ومنه المجبوب ، وهو الذي استؤصل ذكره . انظر : لسان العرب مادة (جيب) .
(٨) في (ن) : [أريد] .
(٩) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) في (م) : [عندهم] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(١٤) في (ن) : [يتضمن] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [لها] .
(١٦) انظر : الحاوي ٥٤٣ .

٢٢٩٧٠ - قلنا : الخلوة هي التسليم ، والإصابة استيفاء المسلم ، واستقرار البدل لا يعتبر فيه بعد التسليم الاستيفاء .

٢٢٩٧١ - أصله : البائع إذا سلم المبيع (١) فكان (٢) هذا الموضع مخالفًا للأصول ، والمعنى في خلوة المحرم ، والصائم أن التسليم وجد ، وهناك مانع يرجى بعده تسليم لا مانع معه ، فلم يستقر به البدل ، كما لو سلم البايع المبيع ، وهناك مانع من التسليم ، ومتى وجدت الخلوة مع ارتفاع الموانع ، فقد وجد التسليم الذي لا يوجد في هذا العقد أزيد (٣) منه ، فاستقر (٤) البدل ولا يلزم خلوة المجبوب ، لأنه وجد التسليم الذي لا يوجد في هذا العقد أزيد (٥) منه ، وكان هو التسليم المستحق عليها (٦) .

٢٢٩٧٢ - فإن قيل : خلوة العنين عندكم ، يستقر بها البدل ، ويجوز أن تزول العنة ، فيوجد (٧) تسليم أزيد من هذا التسليم .

٢٢٩٧٣ - قلنا : إن العنين غير مصدق على العنة ، وإذا لم يعلم المانع ، استقر البدل (٨) .

٢٢٩٧٤ - قالوا : لو كانت الخلوة كالإصابة ، استقر بها المهر في النكاح الفاسد ، لأن كل فعل استقر به المهر في النكاح الصحيح ، [استقر في النكاح الفاسد .

٢٢٩٧٥ - قلنا : قد يستقر المهر في النكاح الصحيح] (٩) بما لا يستقر في النكاح الفاسد .

٢٢٩٧٦ - والدليل عليه الموت (١٠) ولأن الخلوة يستقر بها المهر بوجود التسليم الموجب بالعقد ، والنكاح الفاسد لا (١١) يوجب التسليم ، فلا يوجد في الخلوة المعنى الذي استقر به البدل في النكاح الصحيح ، فلذلك افترقا . يبين ذلك أن الخلوة في

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [وكان] .
(٣) في (ن) : [أريد] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [واستقر] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [أريد] .
(٦) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [فواجد] .
(٨) انظر : تحفة الفقهاء (٢٠٨/٢) ، البناية (٢٠٨/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٣/٢) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) المهر يستقر بالموت في النكاح الصحيح ما في الفاسد فلا يستقر إلا بالوطء .انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) .
(١١) في (ن) : [ولا] .

النكاح الصحيح ، يستحق بها المنفعة ، وفي الفاسد لا يستحق (١) ، ثم لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

٢٢٩٧٧ - قالوا : لو كانت الخلوة كالإصابة استقر المهر ، وإن كان هناك مانع كالوطء .

٢٢٩٧٨ - قلنا : المانع إنما يؤثر في التسليم ، لأنه لا يمكن الوطء فإذا أوجدته (٢) ، فلا اعتبار بالمانع . يبين (٣) ذلك أن المؤجر (٤) لو سلم ، وهناك مانع لا (٥) يستحق البدل ، ولم يستقر ، فإن سلم المستأجر مع وجود المانع ، استقر (٦) ، ثم لم يجب ، أحدهما بالآخر ، كذلك في مسألتنا .

٢٢٩٧٩ - قالوا : للوطء أحكام تخصه ، يجب به الحد والغسل ، والمهر بالنكاح الفاسد ، ويثبت به الإحصان ويخرج به أحكام العنة ، والإيلاء ، وتفسد به العبادة وتجب به الكفارة ، والعدة ، ويستقر به المهر ، ويقع به الإباحة للزوج الأول ، فلما لم يتعلق بالخلوة شيء من هذا ، فلذلك لم (٧) يستقر (٨) المهر ، ووجوب العدة وتجويزه أنه حكم من أحكام الوطء ، فوجب أن يتعلق بالخلوة . أصله : ما ذكرنا (٩) .

٢٢٩٨٠ - قلنا : لسنا نقيم الخلوة مقام الوطء حتى يلزمنا هذا الكلام (١٠) ولأن الخلوة موجبة لاستقرار المهر بنفسها فوجب فإذا وجد الوطء استقر المهر ، لأنه وجد

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦٦/٣) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) .

(٢) في جميع النسخ [وجدته] والصحيح ما أثبتناه لاستقامة المعنى كذلك .

(٣) في (ن) : [تبين] . (٤) في (م) : [الموجود] .

(٥) ساقطة من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها .

(٦) هكذا في جميع النسخ وصحة الحكم بخلاف هذا ، قال في العناية : فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلهما فارغة في غير مدة الإجارة ، مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضى اليوم بالدابة فلم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد ، فإن الأجر في جميع ذلك لا يجب . انظر : العناية (٧١/٩، ٧٢) .

(٧) ساقطة من (م) . (٨) في (م) : [المستقر] .

(٩) انظر : الحاوي للماوردي ٥٤٣ .

(١٠) الخلوة تقام مقام الوطء في حق كمال المهر ، وثبوت النسب ، ووجوب العدة ، والنفقة والسكنى في العدة ، وحرمة نكاح أربع سواها في هذه العدة ، وحرمة نكاح الأمة في قياس قول أبي حنيفة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، ولا تقام مقام الوطء في الإحصان وحرمة البنات والإحلال للزوج الأول ، والرجعة والإرث ، حتى لو طلقها ومات وهو في العدة لم ترث وفي وقوع الطلاق في هذه العدة اختلاف ، والصحيح أنه يقع طلاق آخر في هذه العدة ، راجع البحر (١٦٥/٣) ، البناية (٢٠٩/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٤/٢) .

بوجوده [١] ، مقصود التسليم الذي يحصل بالخلوة ، وفي المواضع التي عددوها ، الحكم يتعلق بالوطء ، فلا تقوم [٢] الخلوة مقامه ، يبين ذلك أن الموت على قول هذا القول ، يقوم مقام الوطء في استقرار المهر ، وإن كان لا يقوم مقامه في الإحصان ، والإباحة للزوج الأول . وسائر ما عددوه من المسائل .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [موجودة] .

(٢) في (ن) : [يقوم] .

مسألة ١١٠٦

المدخول بها لا متعة لها

٢٢٩٨١ - قال أصحابنا : إذا طلق المدخول بها ، فلا متعة لها (١) .

٢٢٩٨٢ - وهو قول الشافعي في القديم .

٢/ب ٢٢٩٨٣ - وقال في الجديد : لكل مطلقة متعة / إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا (٢) .

٢٢٩٨٤ - لنا : أنها استحقت كمال المهر ، فلا يجب لها متعة كالمتوفى عنها زوجها (٣) ، وكما لو وقعت الفرقة على وجه الفسخ (٤) ، ولأنها مدخول بها فلا يجب لها المتعة ، كما لو أسلمت وامتنع زوجها من الإسلام (٥) ، وكما لو ارتدت تحت مسلم (٦) ،

---

(١) فلا متعة لها واجبة ولكنها تستحب انظر : المبسوط (١٦/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، الهداية (٢٠٦/١) فتح القدير (٣٣٥/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٢) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) والمسألة في الكتاب (١٧/٣) . وبه قال الإمام مالك ، انظر : المدونة (١٣/٥، ١٤) ، الكافي (٦١٦/٢، ٦١٧) ، الشرح الصغير (٤٤٥/٣) . وبه قال الإمام أحمد في الصحيح عن المذهب ، وعليه جماهير أصحابه الفروع (٢٨٨/٥) ، كشاف القناع (١٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٨٢/٣) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٨٦/٨) ، روضة الطالبين (٣٢١/٧) ، مغني المحتاج (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٣٦٤/٦) . وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل - سواء كان طلقها قبل الدخول أم بعده - وسواء سمى لها مهرًا أم لا .انظر : الفروع (٢٨٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٨٢/٣) .

(٣) قال في المبسوط : « ولنا أنها إنما استحقت جميع المهر على زوجها ، فلا تستحق المتعة مع ذلك كالمتوفى عنها زوجها . وهذا لأن النكاح عقد معاوضة ، وبعد تقرر الفرض لا حاجة إلى شيء آخر . وتوضيحه أن المتعة لا تجامع نصف المسمى ، وهو ما إذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض فلأن لا تجامع جميع المسمى أولى » . انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٤) انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٥) قال في البدائع : « كل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة ، إلا أن يرتد ، أو يأبى الإسلام ، لأن الاستحباب طلب الفضيلة ، والكافر ليس من أهل الفضيلة .انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن إباء الزوج الإسلام بعد الدخول لا يوجب المتعة إذا أسلمت زوجته ، كما لا يجب المتعة للمطلقة بعد الدخول . وهو قياس المصنف .

(٦) قال في البدائع : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها ، لأنه لا يجب بها المهر أصلا فلا تجب بها المتعة . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن ارتداد المرأة لا يوجب لها المتعة بعد الدخول ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ، كما لا يجب للمطلقة بعد الدخول . وهو قياس المصنف .

ولأن وجوب المهر ينفي وجوب المتعة كالمنكوحة نكاحًا فاسدًا (١) .

٢٢٩٨٥ - [ولأنها استحقت جزءًا] (٢) من مهرها فلم تستحق المتعة كالمطلقة قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا (٣) ، ولأن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر ، ولا يجب لها متعة فالمستحقة (٤) جميعه أولى (٥) .

٢٢٩٨٦ - ولأن المتعة بدل عن البضع ، بدلالة أنه لا يخلو أن يجب كذلك ، أو يجب في مقابلة الطلاق . ولا يجوز أن يكون وجوبها عن الطلاق ، لأن الزوج هو الموقع للطلاق (٦) فلا يستحق البدل في مقابله عليه (٧) ، ولأن البدل في الطلاق يستحق على المرأة بالشرط ، ولا يستحق من غير شرط ، وإنما ثبت أنها بدل عن البضع ، [والبدلان لا يجتمعان] (٨) عن مبدل واحد في العقد ، كالمسمى ، ومهر المثل (٩) ، [ولأن المسمى يجب بالتراضي ، والمتعة تجب من طريق الحكم ، فلا يجتمعان في الوجوب كالمسمى ، ومهر المثل] (١٠) .

٢٢٩٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ (١١) ، وكن مدخولات بهن (١٢) .

٢٢٩٨٨ - قلنا : هذا إخبار عن فعله ﷺ ، وذلك لا يدل على الوجوب . وعندنا يستحب أن تمتع (١٣) المطلقة (١٤) ، ولأن المتعة عندهم تجب عند الطلاق (١٥) ، والآية

---

(١) المنكوحة نكاحًا فاسدًا يجب لها مهر المثل بالوطء ، لأن المهر لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع ، وإذا وجب المهر فلا يجب لها المتعة ، لأنها خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل .انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) ، الاختيار (٣٩/٣) . (٢) في (م) : [ولأن وجوب المهر] .

(٣) - قال في البدائع : « وأما الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول ، والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية » . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن المطلقة - قبل الدخول - إذا سمى لها ، مهرًا لا تجب لها ولكنها تستحب ، كما لا يجب للمطلقة بعد الدخول .

(٤) في (ن) : [كالمستحقة] .

(٥) انظر : المبسوط (٦٢/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، المبدع (١٧٠/٧) ، المهذب (٦/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الطلاق] . (٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(٨) في (م) : [والبدولان لا يحتار] . (٩) انظر: الهداية (٢٠٦/١) ، فتح القدير (٣٣٧/٣) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .انظر : مجمع الأنهر (٣٥١/١) . (١١) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

(١٢) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٦٦٤/٦) ، حاشية البيجرمي (٤٢٦/٣) . (١٣) في (ن) : [يُمَتِّع] .

(١٤) انظر : المبسوط (٦١/٦) ، العناية (٣٠٣/٣) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) ، تحفة الفقهاء (٢٠١/٢) .

(١٥) انظر : المهذب (٦٣/٢) .

تقتضي [١] متعة بتقديم الطلاق ، وذلك استحباب باتفاق [٢] .

٢٢٩٨٩ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [٣] وهو عام في كل مطلقة [٤] .

٢٢٩٩٠ - [قلنا : المراد بهذا المتاع المتعة بدلالة أنه عطفه على قوله : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ ﴾ [٥] [والمراد بهذا المتاع] النفقة بدلالة أنه قدره بالحول ثم عطف عليه قوله ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ ﴾ [٦] يعني النفقة للمتوفى عنها زوجها ، وقوله : « ولا وصية لوارث [٧] فنفي نفقة المطلقة ، ولأن قوله : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ ﴾ [٨] يقتضي متاعا واحدًا ، والمطلقة التي تستحق [٩] متاعا واحدا هي التي طلقها قبل الدخول والتسمية ، فأما المدخول بها فتستحق عندهم المهر والمتاع [١٠] ، ولأن قوله : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ ﴾ [١١] يقتضي [١٢] التعريف ، والمعرفة هي التي ذكرها في قوله : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [١٣] .

٢٢٩٩١ - ولأن دليل هذه الآية يقتضي أن المطلقة بعد المسيس لا متعة لها . وعندهم الدليل يخص به العموم [١٤] .

(١) في (ن) : [يقتضي] .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٠٣) ، المهذب (٢/٦٣) .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .
(٤) انظر : المهذب (٢/٦٣) ، مغني المحتاج (٣/٢٤١) ، نهاية المحتاج (٦/٣٦٤) .
(٥) سورة البقرة : الآية ٢٤٠ . (٦) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .
(٧) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل ص ٣٩ ، والنسائي في سننه ، باب إبطال الوصية (٦ /٢٤٧) ، والترمذي في سننه ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٤/٣٧٦،٣٧٧) ، وأحمد في مسنده (٤/١٨٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في إقرار المريض لوارثة بنحوه (٧/٨٥) ، وابن أبي شيبه في مصنفه باب ما جاء في الوصية للوارث (١١/١٤٩) ، والطبراني في المعجم الكبير مسند عمرو بن خارجة (١٧/٣٥) ، والدارقطني في سننه كتاب الوصايا (٤/ ٧٠) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، باب صدقة المرأة بغير إذن زوجها (٤/١٤٨،١٤٩) ، وابن ماجه في سننه ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٢/ ٩٠٥) .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٤١ . (٩) في (ن) : [يستحق] .
(١٠) انظر : المهذب (٢/٦٣) . (١١) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .
(١٢) في (ن) : [تقتضي] .
(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ . انظر : فتح القدير (٣/٣٣٧) .
(١٤) انظر : المجموع (١٦/٣٨) ، أسنى المطالب (٣/٢٢٠) للعلامة الشيخ زكريا الأنصاري .

٢٢٩٩٢ – قالوا [١] : روى عن عمر مثل قولنا [٢] ، وعن ابن عمر أنه قال : « لكل مطلقة المتعة إلا [٣] التي طلقها قبل الدخول ، وقد فرض لها مهرًا [٤] .

٢٢٩٩٣ – قلنا : ذكر الطحاوي [٥] عن أبي يوسف قال : « وإذا طلق الرجل امرأته ، وقد دخل بها ، وأوفاها المهر فليس عليه شيء غير ذلك يؤخذ [٦] منه لها ، فإن متعها من قبل نفسه ، فذلك فضل [٧] أحدثه ، وإن ترك [٨] لم يكن عليه واجب [٩] . وكذلك بلغنا عن ابن عباس [١٠] .

٢٢٩٩٤ – قالوا : طلاق لم يسقط [١١] به شيء من المهر ، فجاز أن يجب به المتعة ، كما لو طلقها قبل الفرض والمسيس .

٢٢٩٩٥ – قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ، لأنه إذا طلقها قبل الفرض ، والمسيس فقد سقط مهرها بالطلاق ، لأن الواجب لها بالعقد مهر المثل قد سقط بالطلاق ، وقامت المتعة مقامه [١٢] ، كما يسقط المسمى ، ويقوم نصفه مقامه [١٣] .

---

(١) انظر : مختصر المزني (٢٨٦/٨) ، المجموع (٣٨٩/١٦) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى – باب المتعة عن عمر – ﷺ – قال : لكل مطلقة متعة إلا التي طلقها وقد فرض لها صداقا (٦٨/٧) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، باب ما جاء في متعة الطلاق ، عن نافع عن ابن عمر – ﷺ – أنه قال : لكل مطلقة متعة ، إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق فلم تمس ، فحسبها نصف ما فرض لها . الموطأ (٥٧٣/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف – باب متعة المطلقة (٦٨/٧،٦٩) ، والشافعي في مسنده – باب في أحكام الصداق بنحوه (٩/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب المتعة (٢٥٧/٧) بنحوه .

(٥) هو : أحمد بن محمد بن سلامة . . . أبو جعفر الطحاوي ، ولد سنة ٢٢٩ هـ ، أخذ العلم عن المزني وتفقه به ثم تركه وصار حنفي المذهب ، فأخذ فقه المذهب الحنفي عن أبي جعفر أحمد ، ثم رحل إلى الشام فلقي بها أبا حازم عبد الحميد قاضى القضاة بالشام ، فأخذ عنه ، وعن عيسي بن أبان عن محمد ، وأخذ عنه أحمد بن القاسم ومكي بن أحمد وسلمة بن القاسم ، ومحمد ابن إبراهيم المقري وغيرهم ، قال ابن عبد البر : كان الطحاوي كوفي المذهب وكان عالمًا بجميع مذاهب الفقهاء ، صنف الكتب منها : أحكام القرآن ومعاني الآثار ، وبيانه مشكل الآثار ، والمختصر ، والنوادر ، والشروط الكبير وغير ذلك ، مات سنة ٣٢١ هـ . انظر : تاج التراجم ص (٨،٩) ، الجواهر المضيئة (٢٧١/١–٢٧٧) ، الفوائد البهية ص (٣١–٣٤) .

(٦) في (م) : [يوجد] .

(٧) في (ن) : [فصل] .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) انظر : شرح معاني الآثار (٩٨/٣) .

(١٠) انظر : الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي (٢٠٠/٣) .

(١١) في (ن) : [سقط] .

(١٢) انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(١٣) انظر : البحر الرائق (١٥٤/٣) .

٢٢٩٩٦ - والمعنى في الأصل : أنها مسلمة لم تستحق بدلا عن بُضْعها ، فوجب لها المتعة [١] . وفي مسألتنا استحقت كمال المهر فلم يجب لها بدل آخر .

٢٢٩٩٧ - قالوا : المهر الذي استحق لها بالدخول في مقابلة الدخول ، وقد نالها ابتذال بالعقد ، فوجب أن يكون [٢] لها المتعة في مقابلة ذلك الابتذال [٣] .

٢٢٩٩٨ - قلنا : إنما حصل لها بدلٌ في مقابلة الابتذال [٤] حتى لا يتزوج الرجل المرأة ، فإن لم تصلح [٥] له طلقها ، ولم يعطها شيئًا فتقييدها بالعقد ، فجعل لها نصف المسمى إن كان سمى [٦] لها ، أو المتعة إن لم يكن سمى لها [٧] .

٢٢٩٩٩ - قالوا : لو كانت المتعة بدلا عن البضع وجب مع بقاء العقد ، واعتبرت بحال المرأة ، كالمهر .

٢٣٠٠٠ - قلنا : إنما لا تجب مع بقاء العقد [٨] ، لأن المهر واجب قبل الفرقة ، فلا يجب بدلان ، فإذا ارتفع العقد خلفت [٩] المتعة المهر .

٢٣٠٠١ - وأما قولهم : إن المتعة تعتبر بالزوج [١٠] ، فقد ذكر [١١] أبو الحسن أنها تعتبر بحالها [١٢] .

---

(١) انظر : المبسوط (٦٢/٦) . (٢) في (م) : [لا يكون] .
(٣) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، المجموع (٣٨٧/١٦) .
(٤) في (ع) : [الابتدال] . (٥) في (ن) : [يصلح] .
(٦) انظر البحر الرائق (١٥٤/٣) .
(٧) انظر : المبسوط (٦٢،٦١/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٣) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [المهر] . (٩) في (م) : [صلحت] .
(١٠) انظر : المهذب) (٦٣/٢) . (١١) ساقطة من (م) .
(١٢) قال في المبسوط : « ثم المعتبر في المتعة حالة الرجل لقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] ، وكان الكرخي يقول هذا في المستحبة ، وأما في المتعة الواجبة يعتبر حالها لأنها خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في المتعة . انظر : المبسوط ، ٦٣/٥) ، الهداية (٢٠٥/١) فتح القدير (٣٢٧/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٠/٢) ، البحر الرائق (١٥٨/٣) . وهذا الذي قاله الكرخي ليس بقوى ، قال في المبسوط وهذا الذي قاله ليس بقوى لأن الاعتبار بحاله أو بحالها ، فيما يكون واجبا ، ويدخل تحت الحكم وفي المستحب هذا لا يكون ، ولأن اللّٰه تعالى قال ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ ﴾ وعلى المقتر قدره وكلمة «على » للوجوب ، فإذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا فلها المسمى بالنص . انظر : المبسوط (٦٣/٥) . وقال الخصاف المعتبر بحالهما ، قالوا : وهو أشبه بالفقه ، واختار السرخسي أن المعتبر بحاله وهو ما اختاره صاحب الهداية . انظر : المبسوط (٦٣/٥) ، الهداية (١٠ /٢٠٥) .

وقوع الفرقة بين الزوجين بالإباء عن الإسلام

٢٣٠٠٢ - قال أصحابنا : إذا أسلم الكافر وتحته مجوسية ولها أخت مسلمة فتزوجها لم يصح التزويج [١] .

٢٣٠٠٣ - وقال الشافعي : إن أسلمت المجوسية قبل مضى ثلاث حيض ، لم يصح التزويج ، وإن لم تسلم حتى انقضى ثلاث حيض صح [٢] التزويج .

٢٣٠٠٤ - وهذه المسألة مبينة على أصلنا : أن الفرقة لا تقع بينهما بإسلام الزوج ، وإنما [٣] تقع [٤] بينهما إذا عرض [٥] القاضي الإسلام عليها ، فأبت وفرق بينهما ، وإذا كانت الفرقة لم تقع بينهما ، فالنكاح بحاله فإذا تزوج أختها صار جامعا بين الأختين ، وهذا لا يجوز .

٢٣٠٠٥ - ولو قلنا : إن الفرقة قد وقعت فهي معتدة ، وتزويج الأخت في عدة الأخت لا يجوز [٦] عندنا [٧] .

٢٣٠٠٦ - وأما الشافعي فبنى على أصله : أن الفرقة لم تقع ، فإن انقضت الحَيضُ وما أسلمت وقعت الفرقة بالإسلام ، والعدة عنده لا تمنع عنده من نكاح الأخت [٨] ، إلا أن هذا لا يصح : لأن هذه الفرقة يرتفع حكمها في مدة العدة بإسلامها ، ومتى أمكن رفع حكم الفرقة في مدة العدة ، لم يجز تزوج الأخت كالمطلقة الرجعية [٩] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٥/٤٥،٤٦) ، البحر الرائق (٣/٢٢٦) ، الاختيار (٣/٥٤) .
(٢) في (ن) : [مع] .
(٣) في (ن) : [وإن] .
(٤) في (ع) : [وقع] .
(٥) في (ن) : [عوض] .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ١٧٩ ، المبسوط (٥/٤٥) ، البحر (٣/٢٢٦) ، فتح القدير (٣/٤١) .
(٧) انظر : الهداية (١/١٩٣) .
(٨) انظر : المهذب (٢/٥٢) .
(٩) انظر : الهداية مع فتح القدير (٣/٢٢٥) .

مقدار المتعة الواجبة

٢٣٠٠٧ – قال أصحابنا : المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل (١) .

٢٣٠٠٨ – وقال الشافعي : المتعة واجبة بحسب حال الزوج بالغة ما بلغت (٢) .

٢٣٠٠٩ – لنا : أن ما قاله يؤدى (٣) إلى أن يجب للمطلقة قبل الدخول أكثر مما يجب لها لو دخل بها ، وهذا لا يصح كالتي سمى لها (٤) .

٢٣٠١٠ – فإن قيل : إذا سمى لها لم تجز الزيادة على نصف المسمى ، كما لا يجوز النقصان منه (٥) .

٢٣٠١١ – وفي مسألتنا يجوز النقصان من نصف مهر المثل ، فلذلك تجوز الزيادة عليه .

٢٣٠١٢ – قلنا : إنما جاز النقصان تخفيفا عن الزوج ، وإيجاب الزيادة تغليظ ، فلم يجز من حيث جاز التخفيف ، بل يجوز التغليظ ، ألا ترى أن أرش اليد الشلاء ينقص

---

(١) المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل ، ولا تنقص عن خمسة دراهم ، وهل الاعتبار بحاله أو بحالها ، فيه خلاف قال في البحر : فالكرخي اعتبر حالها ، واختاره القدوري ، والإمام السرخسي اعتبر حاله ، وصححه في الهداية . الخصاف اعتبر حالهما ، قال : والأرجح قول الخصاف ، لأن الولوالجي صححه في فتاواه ، وقال وعليه الفتوى كما أفتوا به في النفقة . انظر : مختصر الطحاوي ١٨٤ ، والمبسوط (٨٢/٥) ، بدائع الصنائع (٣٠٤/٢) ، البحر الرائق (١٥٨/٣) ، والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (١٥/٣) .

(٢) قال في المهذب : وفي الوجوب وجهان : أحدهما ما يقع عليه اسم المال ، والثاني ، وهو المذهب ، أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة ؟ فيه وجهان : أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية ، والثاني يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها . انظر : المهذب (٦٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٢٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٢/٣) ، نهاية المحتاج (٣٦٥/٦) ، حاشية البيجرمي (٤٢٧/٣) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [مؤدى] .

(٤) قال في المبسوط : ولكنا نقول : النكاح الذي فيه تسمية في حكم الصداق أقوى مما لا تسمية فيه ، فإذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه ، وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل . انظر : المبسوط (٨٢/٥) . وبهذا يتبين أن المسمى لها لا يجب لها أكثر من نصف ما سمى لها ، إذا طلقت قبل الدخول ، كما لا يجب أنه تزاد المتعة على نصف مهر المثل ، إذا طلقت بعد الدخول ، وهو قياس المصنف .

(٥) في (ن) ، (ع) : [فيه] .

عن أرش اليد الصحيحة ، فلا يجوز أن يزاد [١] ، ولو ترك حصاة من الجمر وجب القطع[٢] وإن نقص من الدم جاز وإن زاد لم يجز [٣] .

٢٣٠١٣ – لأن الطعام وجب على وجه التخفيف ، فجاز إذا نقصت قيمته عن الدم ولم تجز الزيادة . ولأنها مطلقة قبل الدخول ، فلم يجز أن يجب لها كمال ، المهر كالتي سمى لها مهرًا [٤] .

٢٣٠١٤ – أو نقول : مطلقة قبل التسمية فلا يجب لها أكثر من مهر المثل كالتي دخل بها [٥] . وعلى قولهم يتزوج الموسر الفقيرة التي مهر مثلها [٦] عشرة ، والمتعة عنده بحال الزوج ، فيكون متعتها [٧] مائة ، أو أكثر .

٢٣٠١٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [٨] ، وقال تعالى : ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا ﴾ [٩] فأوجب المتعة ، وأنتم توجبون نصف المهر [١٠] .

٢٣٠١٦ – قلنا : نحن نوجب المتعة ، إلا أنها مقدرة عندنا بنصف مهر المثل [١١] ، وليست بنصف المهر ، كما أنا [١٢] نوجب في العينين الدية بدلا عنهما وعن النفس[١٣] ، ويوجب الشافعي في جنين [١٤] الأمة عشر قيمة الأم [١٥] ، وذلك بدل الجنين ، إلا أنه يتقدّر بهذا المقدار حاله ، لا يمنع ذلك باعتبار حالهما ، كما أن الله

---

(١) في اليد الصحيحة نصف الدية لأن المنفعة تفوت بفواتهما ، وبفوات أحدهما يفوت النصف ، وفي اليد الشلاء حكومة عدل لعدم فوات المنفعة . انظر : تحفة الفقهاء (١٦٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، الاختيار (٩٧،٩٤/٤) .

(٢) قال في الاختيار : وإن ترك أقلها تصدق لكل حصاة نصف صاع من بُرّ . انظر : الاختيار (٢١٦/١) ، رد المحتار (٢٠٩،١٨٠/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٦٥/٤) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٢) ، الهداية (١٦٨/١) .

(٤) انظر : المبسوط (٨٢/٥) ، تبيين الحقائق (١٣٩/٢) ، فتح القدير (٣٢٥/٣) .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) ،تبيين الحقائق (١٣٩/٢) .

(٦) في (ن) : [مثل] .

(٧) في (ن) : [منعها] ، وفي (ع) : [متعها] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٩) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(١٠) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) .

(١١) انظر : المبسوط (٨٢/٥) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٣) انظر : الاختيار (٧٩/٣) .

(١٤) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الجنين] .

(١٥) انظر : الأم (١٢٠،١١٩/٦) ، المهذب (٢١١/٢) .

تعالى أوجب النفقة بحسب حاله إن اعتبر فيها قدر [1] كفايتها [2] .

* * *

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) في ظاهر الرواية المعتبر في نفقة الزوجة حال الزوج في اليسار والإعسار ، وبه قال جمع كثير من المشايخ ، ونص عليه محمد وهو الصحيح ، وذكر الخصاف أن المعتبر حالهما جميعا . انظر : المبسوط (١٨٢/٥) ، شرح فتح القدير (٣٨٠/٤) ، بدائع الصنائع (٢٤/٤) ، الهداية (٣٩/٢) .

مسائل القسم [(١)] [١١٠٩ - ١١١٢]

مسألة ١١٠٩

ما تستحقه الزوجة الجديدة والقديمة في القسم

٢٣٠١٧ - قال أصحابنا : إذا تزوج الرجل امرأة وعنده غيرها لم يفضل الجديدة في القسم ، بل يسوى [(٢)] بينهما ، وبين اللواتي عنده [(٣)] .

٢٣٠١٨ - وقال الشافعي : إن كانت الجديدة بكرًا فضلها بسبعة أيام ، وإن كانت ثيبا خيرها بثلاث ، فإن شاءت أقام عندها [سبعا وعند كل واحدة سبعًا ، ولم يخصها بزيادة ، وإن شاءت أقام عندها] [(٤)] ثلاثة أيام يفضلها بها ثم يسوى بينهن فيما بعد [(٥)] .

٢٣٠١٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ ﴾ [(٦)] ، فلا يخلو أن يكون [(٧)] النهى عن ميل القلب ، أو

(١) بالفتح مصدر . وقَسَّم القسام المال بين الشركاء فَرقه بينهم وعين أنصباء هم ، ومنه القسم بين النساء . انظر : المغرب ص ٣٨٢ . أما في الشرع فهو فيما : عرفه فقهاء الحنفية : تسوية الزوج بين الزوجات في المأكول والمشروب والملبوس والبيتوتة لا في المحبة والوطء . انظر : مجمع الأنهر (٣٧٣/١) وعرفه المالكية : بأنه وجوب القسم للزوجات في المبيت وإن امتنع الوطء شرعا أو طبعا .انظر : مواهب الجليل (١٠٠٩/٤) ، جواهر الإكليل (٣٢٦/١) . وقال الشافعية : هو التسوية بين الزوجتين فأكثر في المبيت عندها أو عندهن ، لا في الجماع والاستمتاع والتبرعات المالية .انظر : الشرقاوى على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصاري (٢٨٠/٢) ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٩٤/٣) .وعند الحنابلة : هو توزيع الزمان على زوجاته إن كُنَّ اثنتين فأكثر . انظر: كشاف القناع (١٩٨/٥) ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى (٢٧٣/٥) .

(٢) في (م) : [سوى] .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٠ ، والمبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، الهداية (٢٢٢/١) ، تبيين الحقائق (١٧٩/٢) ، البحر الرائق (٢٣٥/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) انظر : الأم (١٧٥/٥) ، المهذب (٦٩/٢) ، روضة الطالبين (٣٥٤/٧،٣٥٥) ، مغني المحتاج (٢٥٦/٣) وبه قال الإمام مالك : إلا أن الثيب عنده لها ثلاث بلا تخيير . انظر : المدونة (١١٩/٤) ، بداية المجتهد (٦٠/٢) ، جواهر الإكليل (٣٢٧/١) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الشرح الكبير (١٦٤/٨) ، المبدع (٢١١/٧) ، وبقول الإمام مالك قال ابن حزم انظر : المحلى (٢٧٨/١١) .

(٦) سورة النساء : الآية ١٢٩ .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

ميل الفعل ، و لا يجوز أن يكون المراد ميل القلب . لأن الإنسان لا يستطيع التسوية في المحبة ، فلم يبق إلا أن يكون الميل بالفعل ، وهذا موجود في التفضيل . [1] وروى [2] أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى ، جاء يوم القيامة [3] وشقه مائل » [4] . يعني : أنه علامة على خزيه ، كما قال تعالى : ﴿ يُعْرَفُ ٱلْمُجْرِمُونَ بِسِيمَٰهُمْ ﴾ [5] [6] .

٢٣٠٢٠ – فإن قيل : المراد به الميل بما لا تقتضيه الشريعة بدلالة أن [7] تفضيل الحرة على الأمة لَمّا كان مقتضى [8] الشريعة لم ينه عنه .

٢٣٠٢١ – قلنا : الظاهر اقتضى النهي عن كل ميل ، إلا ما أباحه الشرع ، فعلى مخالفنا أن [9] يستدل [10] على أن هذا [11] الميل مباح ، حتى لا يخرجه من الظاهر .

٢٣٠٢٢ – وروى أن النبي ﷺ كان يسوى بين نسائه في القسم ويقول : « اللَّهم هذا قسمي [12] فيما أملك فلا تؤاخذني بما تملك ، ولا أملك [13] » ، ولأنه لا يجوز

---

(١) في (ن) : [التفصيل] . انظر : فتح القدير (٤٣٢/٣) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) .

(٢) في (م) : [وزوى]

(٣) في (ن) : [القيمة] .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في القسم بين النساء (٢٤٢/٢) ، الترمذي في سننه باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، وابن ماجه في سننه باب القسمة بين النساء (٦٣٣/١) ، وأحمد في المسند حديث أبي هريرة (٣٤٧/٢٩٠) وابن حبان في صحيحه باب في القسم (٧/١٠) ،والحاكم في المستدرك (١٨٦/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٨٨/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٧/٧) .

(٥) سورة الرحمن : الآية ٤١ .

(٦) انظر : المبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) ، وقد رد ابن حزم في المحلى على هذا الاستدلال بهذا الحديث فقال : « الذي قال هذا القول هو الذي حكم للبكر بسبع زائدة وللثيب بثلاث زائدة ، ولا يحل لأحد أن يترك قولا له عليه الصلاة والسلام لقول له آخر مادام يمكن استعمالهما جميعا ، بأن يضم بعضها إلى بعض أو بأن يستثنى بعضها من بعض . انظر : المحلى (٢٨٠/١١،٢٨١) .

(٧) في (م) : [أنه] .

(٨) في (ن) : [يقتضي] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [يبدل] .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٢) ساقطة من (م) .

(١٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في القسم بين النساء (٦٠٠/٢-٦٠١) ، والنسائي في سننه كتاب عشرة النساء (٦٤/٧) ، والدارمى في سننه باب في القسمة بين النساء (١٩٣/٢) ، وأحمد في مسنده (١٤٤/٦) ، وابن ماجه في سننه باب القسمة بين النساء (٦٣٤/١) ، الترمذي في سننه (٤٤٦/٣) باب ما جاء في التسوية بين الضرائر بنحوه ، والبيهقي في السنن الكبرى باب القسمة بين النساء (٢٩٨/٧) ، والحاكم في المستدرك ، باب التشديد في العدل بين النساء (١٨٧/٢) انظر: الاستدلال بهذا الحديث في المبسوط =

التفضيل بينهن [١] حال البقاء ، فلا يجوز في الابتداء .

٢٣٠٢٣ – أصله : إذا تزوجهما معا وهما بكران ، ولأنه لا يجوز تفضيلها بما [٢] زاد على السبع ، فلا يجوز بها كإحدى البكرين ، ولأن البكر [لا تفّضل] [٣] في جواز النكاح على الأخرى ، فلم تفّضل [٤] عليها في القسم كالبكرين [٥] ولا يلزم الحرة ، والأمة ، لأن لنكاح [٦] الحرة مزية في الجواز على نكاح الأمة ، والحرة يبتدأ بها ويثنى ، والأمة صح أن يبتدأ بها ، ولا يصح أن يثنى بعد الحرة [٧] / .

٢٥٨/أ

٢٣٠٢٤ – احتجوا : [٨] بما روى في حديث أم سلمة أن النبي ﷺ قال لها : ليس بك هوان على أهلك ، إن شئت سبعت [٩] لك ، وسبعت [١٠] لهن ، وإن شئت ثلثت لك ، ودرت [١١] .

٢٣٠٢٥ – قلنا : هذا دليل لأنه أخبر أنه إذا سبع لها سبع لهن من غير تفضيل يكون . قال وإن شئت ثلثت لك ودرت يعني بالثلاث لأنه لما بين أنه إذا أقام عندها سبعا دار بمثلها كان ذلك بالثلاث ، ولو كانت تستحق ثلاثة أيام تنفرد بها كان إذا أقام عندها سبعة أيام يقضي لهن أربعة أيام ، وما يستحقه بزيادة المقام عندها لا يسقط . ألا ترى أنها إذا كانت آخر الدور فأقام عندها يوما للدور الأول ، ثم افتتح بها الدور الثاني

= (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) . وقد رد النووي هذا الاستدلال بأن هذه الظواهر الواردة بالعدل بين الزوجات مخصصة بالأحاديث الواردة عن أم سلمة وحديث أنس ﷺ من السنة أن يقيم عند البكر سبعا ، وعند الثيب ثلاثا ، انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٥٥/١٠) .وقال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع ، والحجة مع من أدلى بالسنة ، انظر الشرح الكبير (١٦٥/٨) .

(١) في (ن) ، (ع) : [بيتين] . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [لا تفصل] . (٤) في (ن) : [تفصيل] .

(٥) وقد رد الشيرازي هذا بأنه قد ثبت لها حق الأبكار وهي بكر فلا يسقط بالثيوبة ، كما لو وجب عليه حد البكر ثم أحصن . (٦) في (ن) ، (ع) : [نكاح] .

(٧) انظر : المبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، تبيين الحقائق (١٧٩/٢) ، البحر الرائق (٢٣٥/٣) .

(٨) انظر : الأم (٢٠٦/٥) ، المهذب للشيرازي (٦٨/٢) ، المبدع (٢١١/٧،٢١٢) .

(٩) في (ن) : [شيعت] . (١٠) في (ن) : [شيعت] .

(١١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، صحيح مسلم بشرح النووي (٥٢/١٠ – ٥٥) ، وأبو داود في سننه باب في المقام عند البكر بلفظه (٢٤٠/٢) ، والنسائي في السنن الكبرى أبواب القسم (٢٩٣/٥) .

فأقام عندها زاد على الباقيات يوما . فلو أقام عندها يومين بعد اليوم من الدور الأول أقام عندهن يومين فلم يسقط حقها من اليوم الذي لها من الدور الأول بزيادة المقام عندها .

٢٣٠٢٦ – وقد روى حماد بن سلمة عن ثابت البناني قال : « حديث ابن أم سلمة عن أبيه [(١)] ، عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال لها بعد بنائه بها : « إن شئت سبعت لك ، وسبعت لهن » [(٢)] ، وهذا يقتضي التسوية [(٣)] ، وقد ذكر الدارقطني عن عبد الله ابن أبي بكر [(٤)] ، عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن [(٥)] [عن أبيه] [(٦)] ، عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال : « إن شئت أقمت معك ثلاثا خاصا لك ، وإن شئت سبعت لك ، وسبعت لنسائي [(٧)] ، وهذا حديث منقطع ، والحديث المتصل حديث

---

(١) هو : عبد الله بن عبد الأسد بن هلال ... بن مخزوم القرشي بن عمة رسول الله ﷺ روى عن النبي ﷺ فضائله جمة . فهو أول من هاجر إلى الحبشة وأول من هاجر إلى المدينة من قريش ، وشهد بدرًا وأحدًا . توفي سنة أربع من الهجرة بعد منصرفه من أحد . انظر : الاستيعاب ق (٩٣٩/٣ – ٩٤٠) ، الإصابة (٢٩٤/٣-٢٩٦) ، أسد الغابة (٢٩٤/٣ – ٢٩٦) .

(٢) الحديث بهذا الإسناد عند الإمام أحمد (٣١٣/٦،٣١٤) وقد سبق تخريجه .

(٣) وقد رد ابن حزم هذا بأن في بعض الروايات للحديث أن رسول الله ﷺ قال لها : ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت عندك ، وإن شئت ثلثت ثم درت . انظر : المحلى (٢٨١/١١) .

(٤) هو : عبد الله بن أبي بكر بن محمد ... الأنصاري روى عن أبيه وأنس وحميد بن نافع وسالم بن عبد الله وعياد بن تميم وغيرهم وروى عنه الزهري ، ومالك وابن جريج وابن إسحاق وغيرهم . قال ابن عبد البر : كان من أهل العلم ، ثقة فقيهًا محدثًا مأمونًا حافظًا ، وهو حجة . مات سنة ١٣٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٦٤/٥-١٦٥) ، الثقات لابن حبان (١٠/٧) ، الكاشف (٦٧/٢) ، رجال صحيح البخاري (٤٣٦/١) .

(٥) هو : عبد المالك بن أبي بكر بن عبد الرحمن ... المخزومي المدني روى عن أبيه ، وخارجة ابن زيد ، وخلاد ابن السائد وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه ابن جريح ، والزهري ، ويحيى بن سعيد وغيرهم . قال النسائي : ثقة ، مات في أول خلافة هشام . انظر : تهذيب الكمال (١٧٥/٢) ، الثقات لابن حبان (٩٣/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٨٧/٦) ، ثقات العجلي (١٠١/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناه كما في إسناد الحديث عند الدارقطني في سننه (٢٨٤/٣) . هو : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومى روى عن مروان بن الحكم وروى عنه ابنه والزهري وغيرهم أخرج له الشيخان ، مات سنة ٩٤ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٦/١) ، البداية والنهاية (١٥٤/٥) للحافظ ابن كثير .

(٧) لفظ الحديث كما عند الدارقطني « عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال لها حين دخل بها : ليس بك هوان على أهلك إن شئت أقمت ثلاثا خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ، ثم سبعت لنسائي . فقالت : تقيم معي ثلاثا خاصة » .

حماد [١] ولم يذكر فيه أكثر من السبع .

٢٣٠٢٧ - فأما هذا الحديث فقد نقله الناس ، وبينوا أنه منقطع ، ولم ينقل فيه أحد خالصة لك ولا يعرف ذلك إلا من جهة الدارقطني ، ويحتمل أن يكون معناه : أقمت ثلاثا خالصا لك ، لا أدخل على [٢] غيرك فيها نهارا ، لأن النبي ﷺ كان في أيام القسمة ، يدخل في أطراف النهار على بقية نسائه [٣] ، والذي يبين [٤] ذلك : أنه لو أراد بالخلوص الإفراد ، لم يسقط [٥] ذلك في السبعة .

٢٣٠٢٨ - فإن قيل : فأى فائدة على قولكم للفرق بين الثلاثة أيام ، والسبعة .

٢٣٠٢٩ - قلنا : خيَّرها [٦] في ذلك ، لأنه متى أقام عندها ثلاثا ، قرب عوده إليها ، لأنه دور بثلاث ثلاث ، وإن أقام عندها سبعا بَعُد عوده إليها فطال استمتاعها به ابتداء ، ولها في كل واحد من الأمرين غرض [٧] صحيح .

٢٣٠٣٠ - قالوا : روى أَنس بن مالك أن النبي ﷺ قال : « للبكر سبع ، وللثيب ثلاث » [٨] .

٢٣٠٣١ - قالوا : والإضافة تفيد الملك [٩] .

٢٣٠٣٢ - قلنا : الصحيح من هذا الخبر أن أنسا قال : من السنة للبكر سبع وللثيب ثلاث . ولا دلالة فيه ، لأنه يقتضي أن لها هذا العدد ، وليس فيه أنه ليس لصواحبها مثله ، وتكون الفائدة في ذكره جواز المقام عندها هذه المدة ، وإن بعد عن نسائه أكثر من عادته .

٢٣٠٣٣ - قالوا : استمتاعه بالبكر أوفر ، فكان قسمها أكثر كالحرة والأمة ، لأن استمتاعه بالأمة قلَّ ، لأنه يخاف أن يطأها ، فتحمل فيتشرف ولده ، ولأن التسوية فيها

---

(١) في (ن) ، (ع) : [جناد] . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [نشابه] . الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ، باب دخول الرجل على نسائه في اليوم ، عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ إذا انصرف من العصر دخل على نسائه فيدنو من إحداهن فدخل على حفصة فاحتبس عندها أكثر ما كان يحتبس . انظر : فتح الباري ج (٢٦٠/٩) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [بين] . (٥) في (ن) : [سقط] .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٧) في (ن) : [عرض] .

(٨) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب إذا تزوج الثيب على البكر فتح الباري . (٢٥٨/٩) ، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، بنحوه صحيح مسلم بشرح النووي (٥٥/١٠) .

(٩) انظر : المهذب (٨/٢) ، المغنى (١٥٩/٨) ، المبدع (٢١١/٧) ، المدونة (١٩١/٤) .

ليست مستحقة [١] .

٢٣٠٣٤ – قلنا : استمتاعه بالشابة الجميلة التي يهواها ، أوفر من استمتاعه بالعجوز التي يكرهها ، ولا يجوز أن يفضلها [٢] في القسم .

٢٣٠٣٥ – قالوا : الجديدة تحتاج [٣] إلى طول المقام عندها لتأنس به ، وتزول وحشتها [٤] .

٢٣٠٣٦ – قلنا : فقد جعلنا لها ذلك والكلام في القضاء ، وليس إذا أقام ليؤنسها ، ثم قضى للباقيات سقط العوض في تأنيسها .

٢٣٠٣٧ – قالوا : قد [٥] اختصت بمزية ، وهي البداءة لها وسط الدور ، كذلك تستحق مزية الاختصاص .

٢٣٠٣٨ – قلنا : عندنا لا ينقطع الدور بها ، وإن تزوجها في أول الدور فله أن يبتدئ بها كما له أن يبتدئ بغيرها ، وإن تزوجها في وسط الدور مضى على القسم حتى يفرغ من الدور ، ثم يقطع الدور بها .

٢٣٠٣٩ – قالوا : من مذهب أبي حنيفة ترك القياس ، لقول الصحابي [٦] .

٢٣٠٤٠ – قلنا [٧] ترك القياس في هذه المسألة . [لقول أنس ، ولأنه تعيين لغير حقه يكون مقدما . والخلاف في القضاء تعيين ذلك في غيره] [٨] .

* * *

---

(١) انظر : المنتقى للباجي (٢٩٥/٣) . (٢) في (ن) : [يفصلها] .

(٣) في (ن) : [يحتاج] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ضمها] . انظر : مغنى المحتاج (٢٥٦/٣) ، نهاية المحتاج (٣٨٦/٦) ، فتح الوهاب (٦٤/٢) . (٥) في (ن) ، (ع) : [وقد] .

(٦) انظر : الأم (١١٩/٥) .

(٧) والسياق يدل على أنها [قلنا] ، وفي النسخ : « قالا » .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

مسألة ١١١٠

حكم القضاء إذا سافر بإحدى نسائه بغير قرعة

٢٣٠٤١ – قال أصحابنا : إذا سافر بإحدى نسائه بغير قرعة لم يقض [١] للباقيات [٢] .

٢٣٠٤٢ – قال الشافعي : يقضى [٣] .

٢٣٠٤٣ – لنا : أن الزوج لا يلزمه أن يسافر بواحدة منهن ، فإذا أخرجها فقد تبرع بإخراجها ، والزوج متى تبرع على إحدى نسائه لم يلزمه التسوية بين غيرها وبينها ، كما لو وهب لها هبة ، ولأنه لو وجب أن يقسم لهن إذا لم يقرع ، وجب أن يقسم لهن ، وإن [٤] أقرع ، كحال الإقامة [٥] .

٢٣٠٤٤ – احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ « كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه » [٦] ، ولو كان القضاء لا يجب ، لم يكن للقرعة فائدة [٧] .

٢٣٠٤٥ – قلنا : فائدتها تطيب قلوب النساء حتى لا يظن أنه يميل [٨] إلى واحدة دون أخرى .

٢٣٠٤٦ – قالوا : انفرد بالكون [٩] معها بغير حق ، فوجب أن يقضى ، كما لو [١٠] كان في الحضر .

٢٣٠٤٧ – قلنا : في حالة الحضر لو أقام بقرعة قضى ، [فإذا أقام بغير قرعة] [١١] قضى ، ولما لم يجب القضاء في مسألتنا إذا انفرد بها بقرعة ، كذلك إذا كان بغير قرعة ،

---

(١) في (ن) : [يقص] وهو تحريف وتصحيف .

(٢) انظر : المبسوط (٢١٩/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) ، البحر الرائق (٢٣٦/٣) ، تبيين الحقائق (١٨٠/٢) .

(٣) انظر : المهذب (٦٨/٢) ، روضة الطالبين (٣٦٢/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٣) ، نهاية المحتاج (٣٨٧/٦) فتح الوهاب (٦٥/٢) .

(٤) في (ع) : [ولو] .

(٥) انظر : المبسوط (٢١٩/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) ، الهداية مع العناية (٤٣٦/٣،٤٣٧) ، تبيين الحقائق (١٨٠/٢) .

(٦) – أخرجه البخاري في صحيحه – باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا عن عائشة أن النبي – ﷺ – كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فطارت القرعة لعائشة ، وحفصة . انظر : فتح الباري (٢٥٥/٩-٢٥٦) .

(٧) انظر : المهذب (٦٨/٢) ، مختصر المزني (٢٨٨/٨) .

(٨) في (ن) : [ميل] وهو تحريف .

(٩) في (ن) : [باللون] وهو تحريف .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

ولأنه لو قضى لهن لتحصل التسوية زالت التسوية بذلك ، لأنه يكون معهن [1] ، ولا يصيبهن مشقة السفر ، وهي استمتعت به ، وأصابتها مشقة السفر ، وفي ذلك ترك التسوية .

* * *

(١) في (م) : [معين] وهو تحريف .

مسألة ١١١١

بعث الحكمين

٢٣٠٤٨ – قال أصحابنا : إذا تشاقَّ الزوجان بعث القاضي حكمين ، ينظران بينهما ، وليس للحكمين أن يطلقاها ، إلا أن يجعل الزوج ذلك إليهما [١] .

٢٣٠٤٩ – وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

٢٣٠٥٠ – وقال في القول الآخر : ما يفعلانه حكم ، فإن رأيا الصلاح بعوض أو غيره جاز ، وإن رأيا الخلع جاز ، وإن رأى الذي من جهة الزوج الطلاق طلق ، و لا يحتاج في الطلاق إلى الذي من جهة المرأة [٣] .

٢٣٠٥١ – لنا : قوله تعالى : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ [٤] ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾ [٥] فجعل إليهما الإصلاح دون غيره ، فلو كان إليهما التفريق لذكره [٦] .

٢٣٠٥٢ – ولأنه تعالى سماهما حكمين ، والحكم [٧] لا يملك الطلاق ، فأكثر أحوال الحكم أن يكون مثله [٨] .

٢٣٠٥٣ – ولأنه لو كان حكمهما يلزم أن يقتصر على واحد ، ولم يحتج إلى اثنين كسائر الأحكام . ولأن الطلاق لا يملكه إلا الزوج ، ومن فوّض الزوج إليه ذلك ، كغير حال [٩] الشقاق [١٠] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩١ ، أحكام القرآن (١٥٢/٣) ، فتح القدير (٢٤٤/٤) .

(٢) – قال في روضة الطالبين : « ثم المبعوثان وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ، فيه قولان أظهرهما وكيلان » . انظر : روضة الطالبين (٣٧١/٧) ، وهو روايته عن الإمام أحمد ، انظر : المغني (٨ /١٦٧) الإنصاف (٣٨١/٨) .

(٣) انظر : الأم (٢٠٨/٥) ، المهذب (٧٠/٢) ، روضة الطالبين (٣٧١/٧) ، مغني المحتاج (٢٦١/٣) وبه قال الإمام مالك ، انظر : الكافي (٢٩٦/٢) ، قوانين الأحكام عن الإمام أحمد انظر : المغني (٨/ ١٦٧) الإنصاف (٣٨١/٨) .

(٤) في (ن) : [يقف] وهو تحريف .

(٥) سورة النساء : الآية ٣٥ .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٤/٢) ، فتح القدير (٢٤٤/٤) ، المجموع شرح المهذب (٣٢٥/١٦) .

(٧) في (ص) (م) ، (ع) : [والحاكم] وهو تحريف .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٢/٣) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : بداية المجتهد (١٢٣/٢) .

٢٣٠٥٤ - ولا يلزم فرقة العنة ، لأن القاضي يوقعها بلفظ التفريق ، ويقع طلاقا من طريق الحكم ، فأما أن يوقعها بلفظ الطلاق فلا (١) .

٢٣٠٥٥ - احتجوا : بما روى أن الشقاق ، وقع بين عقيل بن أبي طالب (٢) ، وزوجته ، فحكّم عثمان بينهما ابن عباس ، ومعاوية ، فقال ابن عباس : أنا أرى أن أفرّق ، وقال معاوية : ما أرى أن أفرّق بين اثنين من قريش (٣) .

٢٣٠٥٦ - قالوا : فهذا يدل أن للحَكَم الفرقة (٤) .

٢٣٠٥٧ - قلنا : روى أن الشقاق (٥) وقع بين اثنين ، فقال على : ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وقال للحكمين : عليكما إن رأيتما إصلاحا ، [أن تصلحا] (٦) ، وإن رأيتما (٧) الفرقة أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بما في كتاب الله تعالى ، [فقال الرجل : أما الفرقة فلا] (٨) فقال على للزوج : لا حتى ترضى بما رضيت به (٩) . فهذا يدل على أنا

---

(١) في (م) : [لما] وهو تحريف .

(٢) هو : عَقيل - بفتح أوله - ابن أبي طالب بن عبد المطلب . . . القرشي ، أسلم عام الفتح وهاجر في أول سنة (ثمان) هـ روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه محمد والحسن البصري وغيرهما . من مأثره أنه كان عالما بأنساب قريش ومآثرها ، وكان سريع الجواب المسكت . شهد غزوة مؤتة ، أما وفاته فذكر البخاري أنه مات في أول خلافه يزيد قبل الحرة . انظر : الاستيعاب (٤/٥٣١-٥٣٢) .

(٣) انظر : أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين (٣٠٦/٧) وعبد الرازق في مصنفه باب الحكمين (٥١٣/٦) ، والشافعي في مسنده كتاب الخلع والنشوز ٢٦٢ .

(٤) انظر : الأم للشافعي (٢٠٩/٥) ، المهذب للشيرازي (٧٠/٢) ، الشرح الكبير (٧١/٨) مختصر المزني (٢٨٨/٨) .

(٥) في (ن) : [الساق] وهو تصحيف وتحريف وفي (ع) : [الشاق] وهو تحريف .

(٦) ساقط من (م) ، وفي (ن) : [فأصلحهما] وهو خطأ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [رأيتم] وهو خطأ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها كما في نص الحديث .

(٩) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين . ولفظه عن عبيدة قال : جاء رجل وامرأة إلى على ﷺ ومع كل واحد منهما فئام من الناس ، فأمرهم على ﷺ فبعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، ثم قال للحكمين تدريان ما عليكما ، إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا . فقالت : المرأة رضيت بما عليَّ فيه ولى ، وقال الرجل أما الفرقة فلا فقال على ﷺ كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به . السنن الكبرى (٣٠٥/٧) ، والدارقطني في سننه (٢٩٥/٣) باب المهر قال في التعليق (٢٩٥/٣) إسناده صحيح ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه باب الحكمين (٥١٢/٦) ، والشافعي في مسنده كتاب الخلع والنشوز ٢٦٢ .

نريد ضمان أن الحكم يتصرف بوكالة ، وأن ذلك يقف على رضى الزوجين .

٢٣٠٥٨ - قالوا : المقام مع الشقاق يؤدى إلى الضرر ، فجاز أن يثبت التفريق للحكم ، كما يثبت للحاكم في إعسار [1] الزوج ، وفي العنة .

٢٣٠٥٩ - قلنا : لو كان هذا من طريق الحكم ، والولاية كان الواجب أن يشهدا عند القاضي بالشقاق ليفرق بينهما كما يفرق في العنة ولأن التفريق في العنة يستحق بغير رضى الزوج ، لأن الحاكم لا يقدر على توفيتها حقها إلا بالتفريق .

٢٣٠٦٠ - وفي مسألتنا يقدر على منع الشقاق بينهما ، ويلزمه إيفاء [2] الحق ، وترك الأضرار فلا يجوز أن يفرق ، كما لا يفرق إذا كان الزوج موسرا ممتنعا من الإنفاق ، لأنه يقدر أن يوفيها حقها منه [3] ، كذلك هذا .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [اعتبار] وهو تحريف .

(٢) وفي (ن) : [إبقاء] وهو تصحيف .

(٣) قال في فتح القدير : « ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها . فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ . انظر : فتح القدير (٣٩٠/٤) .

مسألة ١١١٣

حكم نثار العرس

٢٣٠٦١ – قال أصحابنا : لا بأس بنثار [١] العُرْس [٢] ، ولا يكره أخذه [٣] .

٢٣٠٦٢ – وقال الشافعي : تركه أحب إليّ [٤] .

٢٣٠٦٣ – لنا : ما روى عبد الله بن قرط [٥] قال : قال رسول الله ﷺ : « أحب الأيام إلى الله يوم النحر ، ثم [٦] يوم الفطر [٧] ، ثم [٨] يوم النفر » [٩] ، فقدمت إلى رسول الله ﷺ [بدنات خمس ، أو ست] [١٠] فطفقن يزدلفن إليه ، فلما وجبت جنوبها ، قال كلمة خفية [١١] لم أسمعها ، فقلت للذي كان إلى جنبي ، ما قال رسول الله ﷺ ، قال : قال : من شاء اقتطع [١٢] .

---

(١) نَثَر الشيءَ يَنْثُرهُ ونِثَارًا وهو نثُرك الشيء بيدك ترمى به متفرقا مثل نشر الجوز والسكر . انظر : لسان العرب (٤٣٣٩/٦) باب النون .

(٢) أعرس فلان أي اتخذ عرسا وأعرس بأهله بنى بها وكذا إذا غشيها . مختار الصحاح باب العين ٤٤٨ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٠ ، شرح معاني الآثار (٥٠/٣) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (٦٤/٢) ، روضة الطالبين (٣٤٢/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٣) .

(٥) هو : عبد الله بن قرط الأزدي الثمالى له صحبة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه عفيف بن الحارث وعمر بن محصن وسليم بن عامر وغيرهم . شهد اليرموك وفتح دمشق واستشهد بأرض الروم عام ٥٦ هـ . انظر : الإصابة (٢٠٩/٤،٢١٠) الاستيعاب (٩٧٨/٣) ، أسد الغابة (٣٦٤/٣-٣٦٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هكذا في جميع النسخ ، وصحتها [يوم القر] كما في لفظ الحديث عند البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٨/٧) . ويوم القر – بالفتح – اليوم الذي بعد يوم النحر ، لأن الناس يقرون في منازلهم . انظر : مختار الصحاح – باب القاف ٥٥٤ .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) – النَّفْر ، والنَّفَر بسكون الفاء فيهما ، ويقال يوم النفر وليلة النفر لليوم الذي ينفر الناس من منى وهو بعد يوم القر ، ويقال له أيضًا يوم النَّفَر بفتح الفاء ، والنفور ويوم النفير . انظر : مختار الصحاح باب النون ٦٩٧ .

(١٠) في (ع) : [خمس بدنات أو ست] . (١١) – في (ن) ، (ع) : [خفيفة] .

(١٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ ، عن عبد الله بن قرط عن النبي ﷺ قال : « أعظم يوم عند الله تبارك وتعالى يوم النحر ثم يوم القر » قال عيسى قال ثور : وهو اليوم الثاني . قال : وقرب إلى رسول الله ﷺ بدنات خمس أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فلما وجبت =

٢٣٠٦٤ - ومعلوم أن هذه إباحة ، وكل واحد لا يعلم مقدار ما أبيح له ، وهذا معنى النثار [١] وروى أنه ﷺ في هدى عطب دون محله بنحره ويصبغ [٢] ، نعله [٣] بيديه ، ويضرب بها صفحته ، ويخلى بينه ، وبين الناس [٤] . وهذا في حكم الأول .

٢٣٠٦٥ - فإن قيل : كان النبي ﷺ مشغولا بالمناسك فلم يتمكن من التفريق ، [فوكل ذلك إليهم .

٢٣٠٦٦ - قلنا : وصاحب الوليمة مشغول بها ، ولا يتمكن من التفريق] [٥] على الناس أيضًا ، ولأنه لو كان كذلك لا يباح طعام الوليمة ، لأن صاحب الوليمة لا يقدر على تفريقه بينهم ، وإن كان كل [٦] واحد يجوز له أن يأكل بنفسه .

٢٣٠٦٧ - وروى حماد بن يزيد [٧] ، عن أيوب [٨] ، عن الحسن ، عن أبي

= جنوبها قال فتكلم بكلمة خفيفة لم أفهمها ، فقلت ما قال ، قال : من شاء اقتطع . انظر : سنن أبي داود (٣٧٠/٢) ، وأحمد في مسنده حديث عبد الله بن قرط (٣٥٠/٤) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في النثار في الفرع (٢٨٨/٧) قال إسناده البيهقي حسن وابن حبان في صحيحه ، باب العيدين (٥١/٧) . وإسناده صحيح ، والحاكم في المستدرك ، كتاب الأضاحي (٢٢١/٤) وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي والطحاوي في شرح معاني الآثار ، باب انتهاب ما ينثر على القوم مما يفعله الناس في النكاح (٥٠/٣) ، والطبراني في الأوسط (٢١١/٣) ط الرياض .

(١) قال البيهقي إسناده حسن ، إلا أنه يفارق النثار في المعنى . انظر : السنن الكبرى (٢٨٨/٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويضع] وهو تصحيف . (٣) في (ن) : [فعله] وهو تحريف .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب ما يفعل بالهدى إذا عطب صحيح مسلم بشرح النووي (٩٠/٩،٩١) وأخرجه أبو داود في سننه ، باب ما جاء في الهدى إذا عطب ، الترمذي ، في سننه ، باب ما جاء إذا عطب الهدى ما يصنع به (٢٥٣/٣) ، النسائي في السنن الكبرى (٤٥٤/٢) ، وأحمد في مسنده (٢٣٨/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هو : حماد بن يزيد بن مسلم المقرئ ، أبو زيد البصري ، روى عن معاوية بن قرة وأبيه ومخلد بن عقبة وغيرهم ، وروى عنه يونس بن محمد ومسلم بن إبراهيم وموسى بن إسماعيل وغيرهم . ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الجرح والتعديل (١٥١/٣) ، الثقات (٢١٩/٦) .

(٨) هو : أيوب بن أبي تميمة كيسان السختياني ، روى عن عمر بن سلمة وحميد بن هلال ، والقاسم بن محمد وعطاء وعكرمة وغيرهم ، وروى عنه الأعمش وقتادة وشعبة ومالك وغيرهم . قال ابن سعد : كان ثقةً ثبتًا في الحديث جامعا كثير العلم حجة عدلا ، قال البخاري عن ابن المديني مات سنة ١٣١ هـ . انظر : الكاشف (٩٢/١ - ٩٣) تهذيب التهذيب (٣٩٧/١-٣٩٩) - الثقات (٥٣/٦) ، تذكرة الحفاظ (١٣٠/١ ، ١٣٢) .

هريرة[١] قال : شهدت رسول الله ﷺ ، وقد دعي إلى وليمة رجل من الأنصار ، فأجاب ، وكان خاطبهم ، فلما فرغ من خطبته قال : « دفقوا على رأس صاحبكم ، فضرب بالدف على رأسه ، ثم أتوا بنهب فانتهب عليه ، ونظرت إلى رسول الله ﷺ [يزحم الناس] [٢] وبحثوا ذلك النهب ، فقلت : يا رسول الله ، أو ما نهيتنا عن النهبة ، قال : نهيتكم عن نهبة العساكر [٣] ، وروى معاذ بن جبل في هذه القصة ، وقال : فنثر الرجل فاكهة ، وسكرا ، فكف الناس أيديهم [٤] فقال رسول الله ﷺ : ألا تنتهبون ، قالوا [٥] : يا رسول الله ألم تنهنا عن النهب ، فقال : إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ، فأما العرسات فلا .

٢٥٨/ب ٢٣٠٦٨ - ولأن النثار إباحة / فجاز تناوله كالطعام إذا قدم إلى الأضياف .

٢٣٠٦٩ - احتج الشافعي : بأن النثار يأخذه من لا يؤمر [٦] أن يأخذه ، وربما أخذ الإنسان منه [٧] أكثر مما يختاره المالك .

٢٣٠٧٠ - قلنا : يبطل بإباحة الطعام .

٢٣٠٧١ - قالوا : في أخذه ترك للمروءة [٨] .

---

(١) هكذا إسناد الحديث في جميع النسخ كما عند الطبراني في المعجم الكبير ، حدثنا أبو مسلم الكشي ، حدثنا عصمت بن سليمان الخزاز وحدثنا حازم مولى بني هاشم عن لمازة عن ثور بن يزيد عن خلد بن مهدان عن معاذ بن جبل : المعجم الكبير (٢٠/٩٧،٩٨) ، المعجم الأوسط (١/١١٤،١١٥) ، البيهقي في السنن الكبرى (٧/٢٨٧) العقيلي في كتابة الضعفاء الكبير (١/١٤٢) . ، حلية الأولياء (٥/٢١٥،٢١٦) .

(٢) في (ع) : [وقد تزاحم الناس] .

(٣) - الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في النثار في الفرح (٧/٢٨٧) ، والطبراني في الأوسط بألفاظ متقاربة عن عائشة عن معاذ (١/١١٤،١١٥) ، مجمع الزوائد (٤/٣١٤) ، ورواه الطبراني في المعجم الكبير أيضًا عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل ، وفي إسناده حازم مولى بني هاشم وعن لمازة ، المعجم الكبير (٢٠/٩٧،٩٨) ، ورواه العقيلي في الضعفاء الكبير ، ورواه أبو نعيم عن معاذ بن جبل ، قال أبو نعيم : غريب تفرد به ثور عن خالد بن معدان حلية الأولياء (٥/٢١٥،٢١٦) ط ، وأورده ابن الجوزي في الموضوعات من حديث أنس ﷺ قال ابن الجوزي : فيه خالد بن إسماعيل قال ابن عدي : يضع الحديث ، وقال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به بحال . الموضوعات (٢/٢٦٦) وأورده ابن حجر في لسان الميزان عن العقيلي (٢/١٨،١٩) ترجمة بشر بن إبراهيم الأنصاري .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قال] وهو تحريف .

(٦) في (ع) : [يريد] وهو تصحيف وتحريف

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [للموؤة] وهو تحريف . انظر : المهذب (٢/٦٤) ، المجموع (١٦/٣٩٦) .

٢٣٠٧٢ - قلنا : هذا غير مسلم ، بل هو سنة ، كأكل طعام الوليمة [1] .

(١) انظر : الاختيار (١٧٦/٤) .

مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيْد

كتاب الخلع

مسألة (١) ١١١٣

الخلع طلاق

٢٣٠٧٣ - قال أصحابنا : الخلع طلاق (٢) .

٢٣٠٧٤ - وهو قول عمر بن الخطاب (٣) ، وإحدى الروايتين عن عثمان (٤) .

٢٣٠٧٥ - وقال ابن عباس : ليس بطلاق (٥) .

(١) - الخُلع - بضم الخاء - من الخَلع ، بفتحها وهو : النزع . يقال خلعت الثوب وغيره خلعا : نزعته ، ومنه خالعت المرأة زوجها مخالعة : إذا افتدت به فخلعها هو خُلْعا ، والخلع استعارة من خلع اللباس . لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد منهما نزع لباسه عنه . انظر : معجم مقاييس اللغة .
أما تعريفه شرعا فهو في المذاهب فيما يلي :
* عند فقهاء الحنفية : هو : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه . انظر : البحر الرائق ٤ / ٧٧ ، الدرر المختار (٥٥٧/٢) ، رد المحتار لابن عابدين ، اللباب في شرح الكتاب (٦٤/٣) .
* عند المالكية : عرفه خليل : بأنه الطلاق بعوض . انظر: جواهر الإكليل (٣٣٠/١)
* عند الشافعية : عرفوه بأنه : فرقة بين الزوجين بعوض مقصود ، بلفظ طلاق أو خلع . انظر : مغني المحتاج (٢٦٢/٣) ، نهاية المحتاج (٣٩٣/٦-٣٩٥) .
* عند الحنابلة : عرفوه بأنه : فراق الزوج الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة . انظر : المبدع (٢١٩/٧) ، شرح منتهى الإرادات (١٠٧/٣) ، كشاف القناع (٢١٢/٥) ، الكافي.(٧٦٥/٢) .
(٢) - الخلع نوعان : الأول خلع بغير عوض ، نحو أن يقول لامرأته خالعتك ، ولم يذكر العوض . فإن نوى به الطلاق كان طلاقا ، وإلا فلا ، لأنه من كنايات الطلاق ، ولو نوى به ثلاثا كان ثلاثا ، وإن نوى به اثنتين فهي واحدة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، خلافًا لزفر . والثاني أن يكون مقرونا بعوض : بأن قال خالعتك على كذا وذكر عوضا ، وهذا ما ينصرف إليه الخلع عند الإطلاق في عرف اللغة والشرع ، فهذا يقع به الطلاق بائنا ، إلا أن يسمى فيه أكثر من تطليقة ، فيكون كما سمى ، ولو ادعى الزوج أنه لم ينو به الطلاق لا يصدق في القضاء ، لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهرًا . انظر : اللباب (٦٥/٣) وبه قال الإمام مالك راجع الكافي (٥٩٣/٢) ، قوانين الأحكام ٢٥٧ ، الفواكة الدواني (٨٦/٢) . وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المبدع (٢٢٦/٧، ٢٢٧) ، الكافي (٧٦٩/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، المبسوط (١٧١/٥) ، رءوس المسائل ٤٠٤ ، بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .
(٣) قال في تلخيص الحبير : أما مذهب عمر فلا يُعْرف . انظر : تلخيص الحبير (٢٠٤/٣) .
(٤) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٦/٧) باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق ، ابن أبي شيبة في مصنفه ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق (٤٨٣/٦) .
(٥) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق (٣١٦/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه ٣٤٠ - باب ما جاء في الخلع ، وابن أبي شيبة في مصنفه : من كان لا يرى الخلع طلاقا (١١٣/٥) .

٢٣٠٧٦ - وهي رواية عن عثمان [١] .

وقال الشافعي في أحد قوليه : هو صريح في الفسخ ، والقول الثاني : كناية في الطلاق ، إن [٢] نوى به الطلاق كان [٣] ، وإن لم ينو [٤] [لم يكن شيئًا] [٥] [٦] .

٢٣٠٧٧ - لنا : أنها فرقة ، تعلقت [٧] بسبب من جهة الزوج ، طارئة على النكاح مختصة به فكانت طلاقا ، كقوله أنت طالق [٨] .

٢٣٠٧٨ - قالوا : الإيلاء والجب لا يختص بالنكاح ، وفرقة كل واحد منهما طلاق [٩] .

٢٣٠٧٩ - قلنا : فهذا ليس بنقض [١٠] بل هو وجود الحكم مع فقد العلة ، وهو غلط ، لأن الإيلاء يختص بالنكاح ، وإنما اليمين لا يختص بالنكاح ، وليس كل يمين إيلاء [١١] . فأما الجب فلا يختص بالنكاح ، والفرقة عندنا سببها عدم استقرار المهر ، وهذا سبب من جهة الزوج ، وهو ترك الوطء وهو طارئ على النكاح ويختص به .

٢٣٠٨٠ - فإن قيل : المعنى في الطلاق في الأصل وهو الفرقة ، يمنع بصريح الطلاق ، أو بنيته [١٢] ، وفي مسألتنا يقع من غير صريح ، ولا نية .

٢٣٠٨١ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة ، لأن الطلاق قد يقع بغير صريح ، [ولا نية] [١٣] إذا وجدت دلالة الحال [١٤] ، ولأن النية يحتاج إليها لإزالة الاحتمال ،

---

(١) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ابن عمر عن عثمان أنه قال : عدة المختلعة حيضة . انظر : المصنف (٥/١١٤) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [وأن] وهو خطأ . (٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) : [ينوى] وهو خطأ . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) القديم في مذهب الشافعي على أن الخلع فسخ ، وهذا ما رجحه أبو حامد وأبو مخلد والقول الثاني : أنه طلاق ، وهو الجديد ، وهو قوله في الإملاء . وهو اختيار المزني وهو الأظهر عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع في الأم ، قال المزني في المختصر ، وقطع في باب الكلام الذي يقع به الطلاق أن الخلع طلاق ، فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق أو ما يشبهه عند إرادة الطلاق ، فإن نوى وسمى عددًا فهو ما نوى . انظر : هذه المسألة في الأم (٥/٢١١،٢١٢) ، مختصر المزني (٨/٢٩٠) ، مغني المحتاج (٣/٢٦٨) ، نهاية المحتاج (٦/٤٠٥) . وبالقول القديم للشافعي قال الإمام أحمد في الرواية الثانية ، انظر : المبدع (٧/٢٢٦،٢٢٧) ، الفروع (٥/٣٤٦) .

(٧) في (م) : [تعلق] وهو تحريف . (٨) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٤٤) .

(٩) (ن) ، (ع) : [طلاقا] وهو خطأ . (١٠) في (ن) ، (ع) : [بنقص] وهو تصحيف .

(١١) اليمين الذي يختص بالإيلاء هو أن يكون الحلف على ترك الجماع . انظر : الاختيار (٣/١١٣) .

(١٢) (م) : [بت] وهو تحريف وتصحيف . (١٣) في (ن) ، (ع) : [ولأنه] وهو تحريف .

(١٤) مراد المصنف بذلك كنايات الطلاق ؛ فإن الطلاق يقع بها بالنية أو بدلالة . انظر : تحفة الفقهاء (٢/٢٦٩،٢٧٠) ، فتح القدير (٤/٦١) .

وبذلها العوض يزيل الاحتمال (١) ، لأنه لا يصح أن تدفع (٢) مالها (٣) ولا تملك في مقابلته شيئًا (٤) ، ولأنها فرقة بمال فكانت طلاقا ، كقوله : أنت طالق بألف (٥) ، ولأن الخلع لفظ لو نوى به الطلاق كان طلاقا ، وإذا وقعت به الفرقة كان طلاقا .

٢٣٠٨٢ – أصله : سائر الكنايات (٦) . والدليل على الوصف ، أنه لفظ يصلح للطلاق ، لأنه مأخوذ من الانخلاع (٧) فإذا نوى به الطلاق ، كان طلاقا ، [كقوله : أنت حرام (٨) ، وبائن (٩) ، ولأنها فرقة لا يملكها إلا الزوج ، فكانت

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٢) في (ع) : [يدفع] وهو تصحيف . (٣) في (ن) ، (ع) : [مالكها] وهو تحريف .

(٤) – قال في البدائع : « ولأنها إنما بذلت العوض لتخليص نفسها من حبالة الزوج ، ولا تتخلص إلا بالبائن ، لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعى ، فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شيء ، وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا » . انظر : بدائع الصنائع (١٤٥/٣) .

(٥) قال في البدائع : « ولو قال لها : أنت طالق بألف درهم فقبلت ، طلقت وعليها ألف ، لأن حرف الباء حرف إلصاق فيقتضي إلصاق البدل بالمبدل . انظر : بدائع الصنائع (١٥٢/٣) ، فصح هذا أن الطلاق على مال يقع به الفرقة بين الزوجين طلاقا كما تقع الفرقة بين الزوجين بالخلع طلاقا .

(٦) قال في الاختيار : « وكنايات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال ، لاحتمالها الطلاق وغيره ، لأنها غير موضوعة له ، فلا يتعينّ إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال ، فتترجح إرادته .
انظر : الاختيار (٨٥/٣) فصح بهذا أن كنايات الطلاق لو نوى بها طلاقا وقع الطلاق ، كما يقع الطلاق بالخلع لو نوى به الطلاق .

(٧) قال في بدائع الصنائع : « ولأن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ ، لأنه مأخوذ من الخلع ، وهو النزع ، والنزع في اللغة إخراج الشيء من الشيء قال اللّٰه تعالى :﴿ وَنَزَعْنَا مَا فِى صُدُورِهِم مِّنْ غِلٍّ ﴾ [الحجر : ٤٧] أي أخرجنا وقال : [ونزع يده (الأعراف : ١٠٨) أي : أخرجها من جيبه ، فكان معنى قوله خلعها أي أخرجها عن ملك النكاح ، وهذا معنى الطلاق » .انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٨) قال في المبسوط : « وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ حرام فإنه يسأل عن نيته ، لأنه تكلم بكلام مبهم محتمل لمعان ، وكلام المتكلم محمول على مراده ، ومراده إنما يعرف من جهته ، فيسأل عن نيته ، فإن نوى الطلاق فهو طلاق لأنه نوى ما يحتمله كلامه فإنه وصفها بالحرمة عليه ، وحرمتها عليه من موجبات الطلاق » . انظر : المبسوط (٧٠/٦) . فصح بهذا أن لفظ الحرام يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا ، كما أن الخلع يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا .

(٩) قال في المبسوط : « ولو قال أنت منى بائن ، فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق ، لأنه تكلم بكلام محتمل ، فالبينونة تارة تكون المنزل ، وتارة تكون في الصحبة والعشرة ، وتارة من النكاح ، واللفظ المحتمل لا يتعينّ فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ، ولأنه بدون النية مشكوك في هذا اللفظ ، والطلاق بالشك لا ينزل ، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى » . انظر : المبسوط (٧٢/٦،٧٣) . فصح بهذا أن البائن =

طلاقًا] (١) ، كسائر أنواع الطلاق ، ولا يقال : إنه (٢) يصح (٣) بهما . لأن المرأة لا يصح الخلع بها ، وإنما يحتاج إلى قبولها ليستحق عليها العوض ، ويدل على أن (٤) النكاح لا يدخله الفسخ ، لأن الفسخ رفع العقد ، حتى يصير كأن لم يكن ، ولابد أن يبقى شيء من أحكام النكاح بعد زواله ، وهو التحريم .

٢٣٠٨٣ - فإن قيل : البيع لا ترتفع أحكامه ، بدلالة أنه إذا فسخ وجبت النفقة .

٢٣٠٨٤ - قلنا : قد يتصور المبيع فيما لا منفعة فيه ، فلا يقع العقد بغير أثر نافٍ ، ولا يوجد في النكاح ارتفاع العقد من غير تحريم ، ولا يلزم على هذا الردة ، وملك أحد الزوجين الآخر ، والرضاع .

٢٣٠٨٥ - لأن هذه الفرق عندنا ليست بطلاق ، ولا فسخ (٥) ، ونحن أبطلنا قول مخالفنا : أن الخلع فسخ ، ولأنه لو دخله الفسخ لكان اللفظ الموضوع لرفعه فسخا ، وهو الطلاق . كما أن البيع لما صح فسخه [كان اللفظ الموضوع لرفعه فسخا ، [وهو الإقالة] (٦) ، ولأنه (٧) لو كان فسخا] (٨) ، لم يقع على البدل المعقود عليه ، كالإقالة (٩) ، ولأنه لو لحقه الفسخ ، فسخ بخيار الشرط (١٠) والتحالف كالبيع (١١) .

= لفظ يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا كما أن الخلع لفظ يصلح للطلاق ، فإذا نوى الطلاق كان طلاقا .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (م) : [إنها] وهو خطأ .

(٣) في (م) : [تصبح] وهو تصحيف .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٢/٢٧٣،٢٧٤) .

(٦) في (ن) : [وهو الطلاق] وهو خطأ .

(٧) القول بأن الإقالة فسخ على الإطلاق غير مسلم ، ففي المذهب فيها خلاف بين أبي حنيفة وأصحابه فقال أبو حنيفة : هي فسخ في حق المتعاقدين ، بيع جديد في حق الثالث ، وقال أبو يوسف : هي بيع جديد ما أمكن فإن لم يمكن أن تجعل فيها ، بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع وهو منقول ، فإنها تجعل فسخا . وقال محمد : هي فسخ إلا إذا كان لا يمكن أن تجعل فسخا فتجعل بيعا جديدًا . انظر : تحفة الفقهاء (٢/١٦٣-١٦٤) ، رد المختار (٤/١٤٤) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) قال في بدائع الصنائع : « ولأن فسخ العقد لا يكون إلا بالعوض الذي وقع عليه العقد ، كالإقالة في باب البيع والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز ، فلم يكن فسخا » . انظر : بدائع الصنائع (٣/١٤٤) .

(١٠) هو من إضافة الشيء إلى سببه ، وهو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل . انظر : التعريفات ١٣٧ .

(١١) أما فسخ البيع بخيار الشرط ، فقال في البدائع : حكم البيع نوعان : نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذي =

٢٣٠٨٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ [1] ٱللَّهِ ﴾[2] ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ [3] ولو كان الخلع طلاقا ، تضمنت الآية أربع تطليقات [4] .

٢٣٠٨٧ - قلنا : ذكر الله تعالى الطلاق بغير عوض ، ثم ذكر العوض فيه [5] بقوله ﷻ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ [6] وهذا بيان الحكم للتطليقتين ، فكانه تعالى [7] بين حكمها بعوض ، وبغير عوض ، ثم ذكر التطليقة الثالثة [8] .

٢٣٠٨٨ - وجواب آخر : وهو أنه تعالى ذكر إيقاع التطليقتين ، ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ [9] . فأخبر عن جواز المفاداة [10] بعد التطليقتين ، ولم يخبر عن وجودها ، ثم ذكر التطليقة الثالثة ، فلا تفيد [11] الآية أكثر من ثلاث تطليقات .

٢٣٠٨٩ - قالوا : الفرقة تتنوع نوعين ، نوع طلاق ، وفسخ ، فإذا كان الطلاق يتنوع بعوض ، وبغير عوض ، كذلك [فسخ النكاح] [12] يتنوع بعوض ، وبغير عوض [13] .

٢٣٠٩٠ - قلنا : قد بينا أن النكاح لا يدخله الفسخ عندنا ، فلا نسلم هذا التقسيم .

٢٣٠٩١ - فإن قالوا : الفُرق ضربان : [14] وفرقة هي الطلاق ، وفرق ليس بطلاق [15] .

٢٣٠٩٢ - قلنا : الذي يملك الزوج منها هو الطلاق ، والعوض إنما يأخذه [16] عما

= يقوم برفعه أحد المتعاقدين ، وهو حكم كل بيع غير لازم ، كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربع والبيع الفاسد . نظر : بدائع الصنائع (٣٠٦/٥) . فصح بهذا أن البيع يفسخ بخيار الشرط ، لأنه يلحقه الفسخ ، بخلاف الخلع ، فإنه لا يفسخ بهذا لأنه ليس فيه معنى الفسخ ، وأما فسخه بالتحالف ، فقال في الهداية : فإن حلفا أي المتبايعان فسخ القاضي البيع بينهما . الهداية (١٦٢/٣) فصح بهذا أن البيع يفسخ بالتحالف لأنه يلحقه الفسخ ، بخلاف الخلع فإنه لا يفسخ بالتحالف ، لأنه لا يلحقه الفسخ . وقد تعرّض المصنف لهذه المسألة ، وستأتي تحت رقم « ٩ » من باب الخلع .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(٤) انظر : الأم (١٩٨/٥) ، مغني المحتاج ٣ / ٢٦٨ ، نهاية المحتاج (٤٠٥/٦) ، الشرح الكبير (١٨٥/٨) ، كشاف القناع (٢١٦/٥)، المبدع (٢٢٧/٧) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [عنه] .
(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٩
(٧) في (ن) ، (ع) : [قال] وهو تحريف .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣، ١٤٥) .
(٩) هذا جزء من الآية : ٢٢٩ من سورة البقرة .
(١٠) في (م) ، (ع) : [المفادات] وهو خطأ .
(١١) في (م) : [يفيد] .
(١٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) .
(١٣) راجع النكت للشيرازي ورقة ٢١٤ .
(١٤) في (ص) : [حين يان] وهو تحريف .
(١٥) راجع النكت للشيرازي ورقة ٢١٤ .
(١٦) في (ص) ، (م) : [يأخذه] وهو تصحيف .

يملك ، فأما مالا يملكه منها فلا يصح أخذ (١) العوض عنه ، فلم يجز (٢) أن يقال : إذا كان في الطلاق ما هو بعوض وجب أن يكون فيما ليس بطلاق فرقة بعوض .

٢٣٠٩٣ – قالوا : معاوضة يلحقها لما دخله الفسخ ووقع فسخه باللفظ الموضوع لفسخه وهو الإقالة ، فلو كان النكاح يلحقه الفسخ ، وقع فسخه (٣) باللفظ الموضوع لرفعه (٤) ، وهو الطلاق ، لأن البيع لما دخله الفسخ عاد العوض إلى المشترى ، فلو كان الخلع فسخا ، لم يصح إلا بالعوض الذي وقع به العقد (٥) .

٢٣٠٩٤ – قالوا : نوع فرقة لا تختص بوقت [دون وقت ، فوجب أن يكون فسخا ، كالرضاع .

٢٣٠٩٥ – قلنا : الطلاق مثل الدخول لا يختص بوقت (٦)] ، وهو طلاق ، ولأن الطلاق منع منه حال الحيض حتى لا تطول العدة (٧) عليها ، فإذا (٨) خافا أن لا يقيما حدود اللّٰه ، لم يعتبر ما في الطلاق من تطويل العدة ، والطلاق عقيب الجماع منع منه لأجل الندم (٩) ، ومتى تشاقا (١٠) أمن الندم ، فلم يمنع من الطلاق . والمعنى في الرضاع أن سبب الفرقة لا يختص بـ (١١) النكاح بل (١٢) هو طارئ عليه .

٢٣٠٩٦ – قالوا : نوع فرقة لا يثبت فيها (١٣) حقه بوجه (١٤) ، فلم يكن طلاقا كخيار المعتقة ، وردة المرأة (١٥) .

٢٣٠٩٧ – قلنا : كنايات الطلاق لا يثبت فيها رجعة عندنا (١٦) ، لأنها بوائن (١٧)

---

(١) في (م) : [يأخذ] وهو تصحيف .

(٢) في (م) : [بخر] وهو تصحيف .

(٣) في (م) ، (ع) : [فسخ] .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) راجع المبسوط (٧/٦) ، البحر (٢٦٠/٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٩) راجع بدائع الصنائع (٩٤/٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [شاقا] وهو تحريف .

(١١) ساقطة من (ص) .

(١٢) ساقطة من (ص) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بها] .

(١٤) في (ص) : [يوجد] وهو تصحيف وتحريف .

(١٥) راجع المجموع (١٥/١٧) .

(١٦) ساقطة من (ع) .

(١٧) كنايات الطلاق كلها بوائن إلا قوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة ، فإن الأول كناية ، يحتمل أن يكون مراده اعتدى نعم اللّٰه عليك ، أو نعمى عليك ، أو اعتدى من النكاح ، فإذا نوى طلاقا وقع رجعيا ، والثاني تفسير لقوله اعتدى ، لأنه تصريح بما هو المقصود من العدة ، وأما الثالث فهو كلام محتمل ، يجوز أن يكون قوله « واحدة » نعتا لها أي واحدة نساء العالم في الجمال أو واحدة عند قومك ، فإذا نوى به الطلاق وقع رجعيا . راجع المبسوط (٧٥/٦) ، البناية (٤٧٠/٤-٤٧٢) ، تبيين الحقائق (٢١٥/٢) .

والخلع [١] مثله ، ولأنه إذا ملك عليها العوض ، ملكت العوض ، فلم تثبت الرجعة [٢] . ألا ترى أن صريح الطلاق مقتضاه الرجعة ، فإذا وقع بعوض ، لم تثبت الرجعة ، لأنه ملك عليها العوض ، ولم يثبت حقه في العوض ، كذلك الخلع .

٢٣٠٩٨ - قالوا : فرقة تعرت [٣] عن صريح الطلاق [٤] ونيته ، فوجب أن يكون فسخا ، ولا يكون [٥] طلاقا . أصله [٦] : إذا اشترى الزوج زوجته [٧] .

٢٣٠٩٩ - قلنا : الخلع من ألفاظ الطلاق ، لأن فيه معناه ، كما أن في الثاني [٨] معنى الطلاق ، إلا أنه ليس بصريح ، ووقوع الطلاق لا يقف على صريح اللفظ بدلالة الكنايات ، فاعتبار النية لا معنى له ، لأن النية يحتاج إليها البدل على جواز الاحتمال ، وشرط العوض يزيل ذلك ، لأنه لا يستحق العوض إلا بعد زوال ملكه عنها ، فقام ذلك مقام النية ، والمعني في شرى الزوجة ، [أن الفرقة بسبب لا يختص النكاح ، فلم يكن طلاقا .

٢٣١٠٠ - وفي مسألتنا الفرقة لا تتعلق [٩] بسبب طارئ على النكاح ، [بل بسبب] [١٠] مختص به من جهة الزوج .

* * *

---

(١) راجع بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .
(٢) راجع البحر (٢٧٥/٣) .
(٣) في (ع) : [تعزق] وهو تصحيف وتحريف .
(٤) في (ص) : [النكاح] وهو تحريف .
(٥) في (ص) : [أولا] وهو تحريف .
(٦) أي دليله .
(٧) مغني المحتاج (٢٦٨/٣) .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

المختلعة هل يلحقها صريح الطلاق في العدة ؟

٢٣١٠١ - قال أصحابنا : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في عدتها (١) .

٢٣١٠٢ - وهو قول ابن مسعود (٢) ، وأبي الدرداء (٣) (٤) ، وعمران بن الحصين (٥) .

٢٣١٠٣ - وقال الشافعي : لا يلحقها الطلاق (٦) . وروى مثله ابن عباس (٧) ، وابن

---

(١) هذا في الصريح المعين ، وأما الكناية فقال في البدائع : وأما الكناية فهل يلحقها ، ينظر : إن كانت رجعية وهي ألفاظ « اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه لا يلحقها ، حتى لو قال لها اعتدي لا يلحقها شيء » انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، رؤوس المسائل ٤٠٥ ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) ، فتح القدير : (٢٤١/٤) ، البحر (٨٠/٤) .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق عن يحيى بن أبي كثير قال : كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها . المصنف (١١٧/٥) قال في الجوهر النقي : ورجال هذا السند على شرط الجماعة . الجوهر النقي (٣١٧/٧) .

(٣) هو صاحب رسول الله ﷺ أبو الدرداء ، عويمر بن عامر بن مالك . . . بن كعب بن الخزرج ، تأخر إسلامه قليلا . روى عن النبي ﷺ ، وزيد بن ثابت وعائشة وغيرهم ، وروى عنه سويد بن غُفلة وزيد بن وهب وعلقمة بن قيس وغيرهم . من فضائله أنه كان فقيهًا حكيما ، شهد ما بعد أحد من المشاهد ، مات لسنتين بقيا من خلافة عثمان على الأصح . انظر : في الاستيعاب - (١٢٢٧/٣-١٢٣٠) ، أسد الغابة (٩٧/٦-٩٨) ، الإصابة (٧٤٧/٤-٧٤٨) ، تجريد أسماء الصحابة (٣٦٠/١) .

(٤) روى ذلك ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق ، عن أبي فضالة وابن عون عن علي بن أبي طالب وأبي الدرداء قالا : للمختلعة طلاق ما دامت في العدة . المصنف (١١٨/٥) .

(٥) صاحب رسول الله ﷺ عمران بن حصين بن عبيد . . بن عمرو الخزاعي ، أسلم عام خيبر روى عن النبي ﷺ وروى عنه الحسن وابن سيرين ، ومطرف وأبو رجاء العطاردي وغيرهم ، من فضائله أنه كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم . قال ابن سرين : لم نر في البصرة أحدا من أصحاب النبي ﷺ يفضل على عمران ابن حصين . مات سنة (٥٢) هـ له ترجمة في الإستيعاب ق (١٢٠٨/٣) ، أسد الغاية (٢٨١/٤، ٢٨٢) ، الإصابة ق (٧٠٥/٤، ٧٠٦) تجريد أسماء الصحابة (٢٤٥/١) . وروى ذلك الحديث ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق - عن يحيي بن أبي كثير قال : كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدى من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها : المصنف (١١٧/٥) .

(٦) وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : مختصر المزني (٢٩٠/٨) ، المهذب (٧٤/٢) ، الكافي (٥٩٣/٢) ، بداية المجتهد (٦٠/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) .

(٧) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال لا يلحقها الطلاق ، عن عطاء عن ابن =

الزبير [١] .

٢٣١٠٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [٢] ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ [٣] ثم قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [٤] وهذا يقتضي جواز الطلاق بعد الخلع [٥] .

٢٣١٠٥ – فإن قيل : ذكر الله تعالى أن للمطلقة اثنتين [٦] أن تفتدى نفسها ، وهذا يقتضي جواز الخلع دون وقوعه ، ثم ذكر إيقاع الطلقة الثالثة .

٢٣١٠٦ – قلنا : الظاهر يقتضي أن كل من طلق اثنتين ، يجوز له طلاق الثالثة ، وإن كان قد أخذ الفداء . وعندكم أن من أخذ الفداء لا يجوز أن يطلق الثالثة [٧] ، وهو خلاف الظاهر

٢٣١٠٧ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٨] [فلم يفصل] [٩] وروى أبو يوسف في الإملاء [١٠] ، ومحمد في [١١] الكيسانيات [١٢] عن

= عباس وابن الزبير أنهما قالا ليس بشيء . المصنف (٥/١١٩) .

(١) عبد الله بن الزبير بن العوام ... ابن قصي القرشي ، ولد سنة (٢) هـ ، روى عن النبي ﷺ وعن أبيه وعمر ، وعثمان وخالته عائشة وروى عنه عروة وطاووس وعمر بن دينار ووهب بن كيسان وسماك بن حرب وغيرهم ، وهو أحد الشجعان من الصحابة ، بويع بالخلافة سنة (٦٤) هـ ومات سنة (٧٣) هـ عند الجمهور . انظر : في الاستيعاب ق (٣/٩٠٥-٩١٠) ، أسد الغابة (٣/٢٤٢) ، الإصابة (٤/٨٩-٩٥) تجريد أسماء الصحابة (١/٣٣٥) . روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى ، باب المختلعة لا يلحقها طلاق ، عن ابن عباس وابن الزبير انهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها قالا : لا يلزمها طلاق ، لأنه طلق مالا يملك . السنن الكبرى ج (٧/٣١٧) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٥) انظر : المبسوط (٦/٨٤) ، أحكام القرآن (٢/٩٦) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [اثنين] .

(٧) انظر : المهذب (٢/٧٤) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(١٠) للإمام أبي يوسف الأمالي في الفقه ، يقال إنها أكثر من ثلثمائة مجلد . انظر : كشف الظنون (١/١٦٤) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) للإمام محمد بن الحسن الشيباني كتاب « الأمالي الكيسانيات » رواها تلميذه سليمان ابن شعيب الكيساني ، يوجد منه نسخة في مكتبة آصفية (٢/١٠٧٢) . انظر : تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان (١/٢٥٧) ، هدية العارفين (٦/٨) لإسماعيل باشا ط بيروت ١٤١٣ هـ .

النبي ﷺ أنه قال : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة [١] .

٢٣١٠٨ - فإن قيل : نحمله على من قالت لزوجها : اخلعني ، ولم تذكر [٢] عوضًا ، فخالعها ينوى الطلاق .

٢٣١٠٩ - قلنا : اللفظ عام فيمن اختلعت بعوض ، أو بغير عوض ، ولأنها معتدة في حق الزوج من طلاق لم يستوف عدده ، فجاز أن يلحقها الطلاق من جهته . أصله : إذا قال لها أنت بائن ، وأصله : المطلقة الرجعية [٣] .

٢٣١١٠ - فإن قيل : المعنى فيه أنه يلحقها الطلاق بالكناية ، والمعنى في ذلك أنه يلحقها الطلاق بعوض [٤] .

٢٣١١١ - قلنا : هذا غير مسلم إذا كان الأصل قوله : أنت بائن . وإن كانت [٥] هذه [٦] المعاوضة في المطلقة الرجعية لم نسلم أن المختلعة لا يقع الطلاق عليها بلفظ الكناية ، لأن الكنايات التي علقها بشرط ، إذا وجد الشرط بعد الخلع وقعت [٧] ، ويقع بالكنايات التي لا تفيد البينونة [٨] . وإنما لا تقع [٩] البوائن المبتدأة ، لأن لفظها يفيد التحريم والبينونة . وهذا معنى حاصل بالخلع ، فلم يمكن إعمال اللفظ فسقط ، وصريح الطلاق يفيد زوال العدد [١٠] ، وذلك في ملكه ، فلهذا جاز أن يقع [١١] ، وأما العوض ،

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه - كتاب الطلاق والخلع (٤٦/٤) . والبيهقي في السنن الكبرى - باب الخلع - هل هو فسخ أو طلاق ، (٣١٦/٧) ابن أبي شيبة في المصنف مرسلا كتاب الخلع ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق ، (١١٠/٥) . وابن عدى في الكامل (٣٣٥/٤) . وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه ضعيف معلول بعياد بن كثير وهو ضعيف ، وقال الشيرازي لا أصل له التعليق المغني (٤٦/٤) .

(٢) في (ص) : [يذكر] وهو تصحيف .

(٣) انظر : المبسوط (٨٤/٦) . وقد نوقش القياس على الرجعية ، بأن الرجعية زوجة ، ولهذا تدخل في مرسل الطلاق ، ويجوز الاعتياض على بضعها ، ولأن الرجعية يثبت في حقها سائر أحكام الزوجية من الظهار والإيلاء والخلع وهذه بخلافها . انظر : النكت ٢١٥ .

(٤) هذا اعتراض المخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف في الطلاق الرجعي بأن الطلاق الرجعي يجوز الاعتياض فيه عن البضع كما يجوز أن يلحق فيه الطلاق بالكناية . انظر : النكت ورقة ٢١٥ .

(٥) في (م) ، (ن) : [كان] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) مكرر في (م) . كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ، ثم أبانها أو خالعها ، ثم دخلت الدار وهي في العدة ، وقع عليها تطليقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد خلافًا لزفر . انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

(٨) انظر : المبسوط (٨٥/٦) .

(٩) في (ن) : [يقع] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [العدة] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

فلأنها لا تملك به نفسها ، فلم يستحق عليها .

٢٣١١٢ - فإن قيل : كيف نسلم أنها معتدة من طلاق ، والخلع عندنا ليس بطلاق .

٢٣١١٣ - قلنا : هذا الدليل يختص بمن [1] طلقها بعوض ، ولأنها معتدة في حق الزوج فجاز أن يملك إيقاع ما بقى من طلاقها . أصله : ما ذكرنا [2] ، ولا يلزم إذا ارتد ، لأنه يملك ذلك إذا أسلم . وإذا قال : قد أخبرتني أن عدتها قد انقضت ، لأنها غير معتدة في حقه [3] ، ولأنه [4] لا يجوز أن يستبيحها استباحة مختصة [5] بها بحكم العقد الأول ، كالمطلقة بغير عوض . يبين ذلك : أنه يجوز له [6] أن يتزوجها دون سائر الناس ، كما يجوز في الرجعية أن يراجعها / دون سائر الناس [7] ، ولأن الطلاق معنى يؤثر في إزالة الملك إذا وقع على الوجه الأدنى جاز أن يملكه بفعله إلى الوجه الأعلى .

٢٥٩/أ

٢٣١١٤ - أصله : إذا باع بشرط الخيار ثم أبت المبيع [8] ، ولأنها محبوسة عليه بحكم نكاح صحيح ، فجاز أن يوقع ما بقى من طلاقها . أصله : المطلقة الرجعية [9] .

٢٣١١٥ - فإن قيل : المعنى فيها أنه يلحقها ظهاره [10] ، وإيلاؤه والمختلعة [11] بخلاف ذلك [12] .

٢٣١١٦ - قلنا : مخالفة المختلعة للزوجة في امتناع الظهار [13] ، والإيلاء ، كمخالفة الرجعية الزوجة عندهم في تحريم الوطء ، ووجوب المهر بوطئها [14] ، وإن

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : ص ٢٥٦ وقد سبق رد المخالف على هذا .

(٣) انظر : رد المحتار (٣٩٢/٢) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [مختص] .

(٦) ساقطة من (م) ، وفي (ع) : [لها] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣، ١٨٧) .

(٨) البيع بشرط الخيار يبيح لمن كان له الخيار أن يتصرف في المبيع خلال المدة المحددة للخيار ، لأن المدة مضروبة للإجازة أو الفسخ ، قال في الهداية : « ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز» انظر : الهداية (٢١/٣) ، وبه تبين أن من باع بشرط الخيار له أن يفسخ في المدة ويقطع البيع ، وله أن يجيز كما أن الرجل له أن يملك أدنى الطلاق وأعلاه .

(٩) انظر : المبسوط (٨٤/٦، ٨٥) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) . وقد سبق الرد على هذا القياس .

(١٠) في (ن) : [طهاره] .

(١١) في (ن) : [والمختلفة] .

(١٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف بأن الرجعية تخالف البائن في أحكام الزوجية من الظهار والإيلاء والخلع حيث يثبت في حقها ذلك دون البائنة . انظر : النكت ورقة ٢١٥ .

(١٣) في (ن) : [الطهار] .

(١٤) انظر : المهذب (١٠٢/٢) .

كان الإيلاء والظهار فيها يقف ولا يصح حتى يراجعها ، ثم لم يمتنع أن يتساويا مع هذا الاختلاف في وقوع الطلاق ، كذلك المختلعة [١] .

٢٣١١٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [٢] ظاهره يقتضي أن التسريح يملكه من يملك الإمساك [٣] .

٢٣١١٨ - قلنا : ذكر [الله تعالى] [٤] صريح الطلاق ، وأخبر أن الزوج مخير بعده بين الإمساك والطلاق بقوله : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [٥] و[٦] الخلاف فيمن أوقع طلاقا بعوض ، ولم يتعرض لذلك [٧] وليس في الظاهر ما يقتضي التسريح إلا من يملك الإمساك .

٢٣١١٩ - قالوا : لا يملك إيقاع الطلاق بالكنايات الظاهرة ، فلا يملك بالصريح ، كما بعد العدة [٨] .

٢٣١٢٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأن الطلاق يقع عليها بقوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك . فهذه كناية ظاهرة [٩] ، والمعنى في منقضية [١٠] العدة أنه لا يقع عليها الطلاق ، وإن كان المقدم بغير عوض ، و [١١] لما وقع الطلاق في مسألتنا إذا [١٢] كان المتقدم بغير عوض ، كذلك إذا كان بعوض ، أو نقول : المعنى فيها أنه لا يستبيحها [إلا بما يستبيحها] [١٣] به [١٤] سائر الأجانب ، فصار في طلاقها كالأجانب ، ولما كان في مسألتنا يختص بإعادتها على وجه يخالف فيها سائر الناس ، جاز أن يفارق الناس في حكم طلاقها .

٢٣١٢١ - قالوا : لا يلحقها طلاق بعوض ، فلا يلحقها بغير عوض ، كالأجنبية [١٥] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣،١٣٦) .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٨٥ .
(٤) ما بين المعكوفتين بياض بنسخة (ن) ، (ع) .
(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٦) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .
(٧) في (ن) ، (ع) : [كذلك] .
(٨) انظر : المجموع (١٧٣/١٧) .
(٩) انظر : المبسوط (٨٥/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .
(١٠) في (ن) : [القصية] .
(١١) ساقطة من (م) .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [إن] .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٤) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقالة المعنى بها .
(١٥) انظر : المهذب (٧٤/٢) ، المغني (١٨٤/٨) . كشاف القناع (٢١٧/٥) .

٢٣١٢٢ - قلنا : الرجعية يملكها الزوج بغير عوض ، فلا يملكها بعوض ، كما [١] يملك الشفيع إسقاط الشفعة بغير عوض ، ولا يملك بعوض [٢] ، ويملك في الخيار إسقاطه بغير عوض ، ولا يملك بعوض .

٢٣١٢٣ - ولأن العوض إنما يستحق على المرأة إذا ملكت في مقابلته شيئًا ، ولا تملك [٣] بعد الخلع شيئًا بالبدل فلم يصح ، فأما الطلاق المبتدأ فليس من حكمه أن تستفيد [٤] به المرأة شيئًا ، فجاز أن يقع ، والمعنى في المنقضية [٥] العدة ما بيناه .

٢٣١٢٤ - قالوا : لو طلق طلاق الإيقاع فقال [٦] : نسائي [٧] طوالق ، لم يقع عليها شيء [٨] .

٢٣١٢٥ - قلنا : لأنها ليست من نسائه في الطلاق ، فلا يقع عليها إلا بالتعيين ، أَو [٩] النية ، كما لو قال : عبيدي أحرار لم يعتق المكاتبون ، إلا أَن ينويهم ، أَو يُعيّنهم ، لأن إطلاق [١٠] العبيد لا يتناولهم [١١] .

٢٣١٢٦ - قالوا : [المختلعة لا يصح] [١٢] منها ظهاره [١٣] ، ولا إيلاؤه ولا لعانه بغير ولد ولا [١٤] تعتد [١٥] عدة الوفاة ، ولا يتوارثان ، وهذه الأحكام المختصة بالزوجية حبسها عليه [١٦] ووجوب السكنى والنفقة عليها [١٧] وثبوت نسب ولدها بحكم النكاح [١٨] .

٢٣١٢٧ - فإن قيل : هذه أحكام الوطء بدلالة أنها تثبت في الموطؤة بشبهة .

٢٣١٢٨ - قلنا : إنما يوجب [١٩] الوطء مثل أحكام النكاح فلا ، والدليل عليه أن

---

(١) في (م) : [ولا] .
(٢) انظر : الهداية (٣٧/٤، ٣٨) .
(٣) في (ن) : [يملك] .
(٤) في (ن) : [يستفيد] .
(٥) في (ن) : [المنعصية] .
(٦) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة (فلو قال) . انظر : النكت ورقة (٢١٥/٥) .
(٧) في (ن) : [نسائي] .
(٨) انظر : مختصر المزني (٢٩١/٨) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٥ ، المغني (١٨٤/٨) .
(٩) في (م) : [إذا] .
(١٠) ساقطة من (ص) .
(١١) انظر : المبسوط (١٧٥/٦) .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٣) في (ن) : [طهاره] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [فلا] .
(١٥) في (ن) : [نفقد] .
(١٦) في (ن) ، (ع) : [ساوى] .
(١٧) في (ن) ، (ع) : [له] .
(١٨) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، مختصر الطحاوي ١٩١ ، بدائع الصنائع (١٥٢/٣) فتح القدير (٢٤/٤) ، البناية (٦٨٢/٤) ، رد المختار (٥٦٦/٢) .
(١٩) في (ن) ، (ع) : [موجب] .

النسب يثبت في النكاح عندنا بمجرد العقد [(١)] ، وعندهم بإمكان الوطء مع العقد وهذا لا يثبت به نسب في غير النكاح .

٢٣١٢٩ - فإن قيل : لو طلقها قبل الدخول لم تثبت هذه الأحكام ، فدل على أنها من أحكام الوطء [(٢)] .

٢٣١٣٠ - قلنا : النسب يثبت [(٣)] عندنا بحكم العقد وجد الوطء ، أو [(٤)] لم يوجد . والعدة تجب بالخلوة وإن لم يوجد الوطء [(٥)] ، وعلى أنه لا يمتنع أن يكون من أحكام النكاح ومن شرط ثبوتها الوطء ، كالرجعة بعد التطليقة [(٦)] ، على أن الظهار إنما لم يصح ، لأنه تحريم ضعيف ، وتحريم الطلاق أقوى منه ، فلا ينبى أضعف التحريمين على آكدهما ، والإيلاء لا يصح ، لأنه يثبت [(٧)] بمنع حقها من الوطء ، ولا حق للمطلقة المبتوتة في الوطء [(٨)] ، واللعان وضع لقطع الفراش [(٩)] وقد انقطع بالخلع .

٢٣١٣١ - وأما التوارث فيثبت للمبتوتة إذا خلعها أجنبي من زوجها في مرضه [(١٠)] ، ويجب عليها عدة الوفاة [(١١)] ، ولأن التوارث وعدة الوفاة يثبتان [(١٢)] إذا اتصل [(١٣)] « الموت بالزوجية الكاملة [(١٤)] » والطلاق يكتفي منه ببعض علق الزوجية . يبين ذلك : أنه يملك منها البضع والطلاق ، ثم يبقى ملكه في البضع مع نقصان ملك الطلاق إذا

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٢،٣٣١/٣) .

(٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت بأن أحكام الإيلاء والظهار ، والنسب والتوارث وعدة الوفاة من أحكام الوطء بدلالة أنه لو طلقها قبل الدخول لم تثبت هذه الأحكام على قياس المصنف المختلعة بالرجعية في الأحكام.

(٣) في (ع) : [ثبت] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أم] .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٣٩٤،٢٩٣/٢) ، البناية (٢٠٧/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٦٢/٢) .

(٦) انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .

(٨) انظر : الاختيار (١١٦/٣) .

(٩) في (م) : [الغراس] .

(١٠) إذا خلعها أجنبي من زوجها بمال ضمنه للزوج ، إن كان ذلك في مرض موت الأجنبي ، ويعتبر البدل من ثلث مال الأجنبي ، فلو كان الزوج مريضًا حين تبرع الأجنبي بخلعها فلها الإرث لو مات من مرضه ذلك ، وهي في العدة لأنها لم ترض بهذا الطلاق ، فيعتبر الزوج فارا ، ولو كانت مكرهة على القبول لم يلزمها البدل . انظر : المبسوط (١٩٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١١) انظر : فتح القدير (١٥٠/٤) .

(١٢) « يثبت » بالإفراد في جميع النسخ وصحة العبارة - [يثبتان] كما يدل عليه السياق .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [انفصل] .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [بموت الزوجة] . انظر : الاختيار (١٤٥/٣) .

طلقها واحدة ، أو اثنتين [١] ، كذلك يجوز أن يبقى ملكه في الإيقاع مع نقصان ملكه في البضع .

٢٣١٣٢ – قالوا : امرأة لا تحل له إلا بنكاح جديد ، فوجب أن لا يلحقها طلاق كالمنقضية [٢] العدة [٣] .

٢٣١٣٣ – قلنا : المنقضية [٤] العدة قد ساوى [٥] الزوج فيها الأجانب ، لأن السبب الذي يستبيحها به [٦] بمثله يستبيح الأجنبي ، و المعتدة [٧] الزوج فيها « يفارق » [٨] الأجنبي ، بدلالة أنه يختص بجواز العقد عليها ، فجاز أن يفارق « الأجانب » [٩] في طلاقها .

٢٣١٣٤ – قالوا : طلاق يقع قبل الخلع ، فلا يقع بعده ، كالطلاق بالكنايات [١٠] .

٢٣١٣٥ – قلنا : ينتقض إذا خالعها ثم تزوجها ، ثم طلقها . ولأن [١١] الكنايات لفظها يقتضي التحريم ، وهي محرمة بالفرقة ، فلا يتعين كتحريم المحرمة . وإذا تعذر إعمال اللفظ لم يجز إيقاع معناه من نقصان العدد ، وليس كذلك صريح الطلاق ، لأنه يتضمن نقصان العدد الذي يملك ، فأمكن إعماله فلذلك وقع .

٢٣١٣٦ – فإن قيل : فقد [١٢] قلتم : إن الكناية إذا كان طلقها بشرط قبل الخلع فوجد الشرط بعد الخلع وقعت [١٣] .

٢٣١٣٧ – قلنا : يجوز أن يقع بحكم اليمين . أما [١٤] لو أراد أن يتبدئ إيقاعه لم يقع ، كما لو علق الطلاق بشرط فوجد الشرط [١٥] .

* * *

(١) في (ع) : [ثنتين] .
(٢) في (ن) : [كالمنعصية] .
(٣) انظر : المغني (١٨٤/٨) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) ، .
(٤) في (ن) : [المعصية] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [تساوى] .
(٦) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .
(٧) في (ن) : [العتدة] ، وفي (ع) : [العدة] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [مفارق] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [الجوانب] .
(١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٥ .
(١١) في (ن) ، (ع) : [فلان] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [قد] .
(١٣) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .
(١٤) في (م) : [كما] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [كما لو علق الطلاق بشرط فوجد الشرط] وهي زيادة خطأ .

مسألة ١١١٥

إذا خالع امرأته بشرط الرجوع

٢٣١٣٨ – قال أصحابنا : إذا خلع امرأته بعوض على أنَّ له الرجوع ، صح الخلع ، وبطل الشرط [1] .

٢٣١٣٩ – وقال الشافعي : تثبت الرجعة ، ويسقط المال [2] .

٢٣١٤٠ – لنا : أنه نفى موضع الخلع [3] بعد إيقاعه ، فصار كما لو خلعها على أن لا تقع الفرقة ، ولأن الخلع يوجب البينونة ، فشرط الرجعة فيه باطل ، كالطلاق الثلاث [4] .

٢٣١٤١ – فإن قيل : الطلاق الثلاث يبطل فيه المال ، والشرط ، ويبقى مقتضاه ، كذلك الخلع [5] يبطل فيه المال ، والشرط ، ويبقى مقتضاه [6] .

٢٣١٤٢ – قلنا : معنى الخلع عندنا البينونة ، وإن لم يذكر العوض فيه ، كالطلاق الثلاث . ولأنه معنى لا يلحقه الفسخ ، فإذا نفى موجبه ، لم يتعلق بالنفي [7] حكم ، كما لو عفا من دم العمد على أن له القصاص متى شاء [8] .

---

(١) وهو : رواية عن الإمام مالك ورواية عن الإمام أحمد . انظر : المدونة (٢٤/٥) ، الكافي (٥٩٥/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، الإنصاف (٣٩٦/٨) . بدائع الصنائع (١٤٥/٣،١٣٨/٥) البحر الرائق (٢٦٣/٣) .

(٢) وهذا ما نقله الربيع والمزني ، وذهب إليه ابن سريج وأبو إسحاق ، وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعيًا بلا مال ، وخرج المزني والربيع قولًا آخر : أنه يلغو الشرط وتحصل البينونة بمهر مثلها ، وذهب إلى هذا أيضًا البغوي . وقال ابن سلمة وابن الوكيل في المسألة قولان ، وبه قطع البغوي . انظر : مختصر المزني (٢٩٠/٨) ، روضة الطالبين (٣٩٧/٧،٣٩٨) مغني المحتاج (٢٧١/٣) ، نهاية المحتاج (٤٠٩/٦) والوقوع رجعيًا بلا مال قول به الإمام مالك في الرواية الثانية والإمام أحمد في الرواية الثانية . انظر : الكافي (٥٩٥/٢) ، المبدع (٢٢٨/٧) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) ، المدونة (١٩/٥) ، الكافي (٥٩٤/٢) .

(٣) في (ص) أن نفي الرجعة فوجب الخلع « وهو خطأ ولا معنى له » .

(٤) انظر : المغني (١٨٥/٨) ، الشرح الكبير (١٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٦٣/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف بأن الشرط في الطلاق الثلاث داخل على أصل لا يمكن إسقاطه ، فيبطل الشرط ، ويصح الأصل .انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٥

(٧) في (ن) ، (ع) : [بالبغي] .

(٨) قال في بدائع الصنائع وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار ، فإن كان الخيار للقاتل جاز ، لأن مابذل العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ، ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد ، هل يبطل العفو ، =

٢٣١٤٣ - احتجوا : بأنه شرط المال ، والرجعة ، فلا يجوز اجتماعهما فسقط ، وبقى الرجعة التي يقتضيها الطلاق ، يبين ذلك أن [١] الطلاق يقتضي الرجعة ، والشرط يقتضي الرجعة ، والمال يقتضيه الشرط ، ولا يقتضيه الطلاق ، فكان إثبات ما ثبت بالطلاق ، والشرط أولى .

٢٣١٤٤ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن الخلع يقتضي البينونة عندنا [٢] ، فإذا أسقط المال ، والرجعة ثبتت البينونة في مقتضى « الخلع » [٣] .

٢٣١٤٥ - فإن قيل : يفرض الكلام إذا طلقها بمال ، وشرط الرجعة .

٢٣١٤٦ - قلنا : لا نسلم انهما إذا [٤] لم يجتمعا ، وجب إسقاطهما ، بل تنتقض الرجعة ، لأن الطلاق لا ينفسخ ، والبينونة من أحكامه فتأكدت بتأكده ، والمال يجوز أن يسقط ، ويفسخ فكان إسقاط المال أولى .

* * *

= القياس أن يبطل لأنه تعلق بشرط المال ، ولم يسلم المال ، وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية ، وإن كان الخيار للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح ، لأن الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ . انظر : بدائع الصنائع (٥٥/٤) . (١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) . (٣) في (م) : [الجمع] .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١١١٦

إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها صحت التسمية

٢٣١٤٧ – قال أصحابنا : إذا خالعها على ما في بطن أمتها صحت التسمية ، فإن ولدت كان الولد له [١] ، وكذلك لو خلعها على ما في بطون (غنمها) [٢]

٢٣١٤٨ – وقال الشافعي : التسمية فاسدة ، ولها مهر مثلها [٣] .

٢٣١٤٩ – لنا : أن الحمل مستحق [٤] بالوصية ، فجاز أن يستحق بالخلع كالعبد الآبق [٥] . ولا يلزم إذا خلعها على ما يثمره نخلها العام القابل [٦] ، لأن الطحاوي ذكر في الخلاف [٧] ما بيناه عن أبي حنيفة : أن ذلك جائز ، وقد أنكرها [٨] أبو بكر

(١) « كان الولد لها » في جميع النسخ ، وهو خطأ والصحيح « المثبت » . انظر : المبسوط (١٨٨/٦) .

(٢) إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها ، وقالت على ما في بطن غنمي أو ما في بطن أمتي ولم تزد على ذلك ، فإن كان هناك شيء أخذه ، لأن التسمية وقعت على مال متقوم موجود ، لكنه مجهول ، لكن الجهالة ليست بمتفاحشة ، فلا تمنع استحقاق الشيء ، ولو لم يكن هناك شيء ، فلا شيء لانعدام تسمية مال متقوم لأنها ذكرت ما في بطنها وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذي غر نفسه ، والرجوع بحكم الغرور ، ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشيء . انظر : في المبسوط (١٨٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، البحر الرائق (٨٥/٤) ، تبيين الحقائق (٢٦٩/٢،٢٧٠) ، فتح القدير (٢٢١/٤،٢٢٢) . وقد وافق الإمام مالك وأحمد أبا حنيفة . انظر : الكافي (٥٩٤/٢) ، الإنصاف (٤٠٤/٨) ، المبدع (٢٢٤/٧،٢٢٥) ، المدونة (١٩/٤) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢١٥/٥) ، المهذب (٧٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، نهاية المحتاج (٣٩٩/٦) .

(٤) في (م) : [غير مستحق] .

(٥) قال في بدائع الصنائع : ألا ترى لو خلعها على عبد أبق له صحت التسمية ، لأن القدرة على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع فإنه جائز على العبد الآبق ، والقدرة على تسليمه غير ثابتة ، بدائع الصنائع (١٥٨/٣) وبهذا تبين أن العبد الآبق يصح تسميته في الخلع ، ويستحق بالخلع ، كما أن الحمل تصح تسميته في الخلع ويستحق به .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) لأبي جعفر الطحاوي كتاب اختلاف الفقهاء ، ويقال له اختلاف الروايات ، ويقع في مائة ونيف وثلاثين جزءًا ، والموجود منه الجزء الثاني بدار الكتب المصرية تحت رقم ٦٤٧ بالقاهرة فقه حنفي والجزء الرابع بمعهد المخطوطات العربية مكتبة جاد الله (٣٢٩/١) فقه عام .

(٨) ساقطة من (م) .

الرازي[١] ، ولا يمكن ردها بغير حجة ، وعلى أنا احترزنا أموال عين[٢] .

٢٣١٥٠ - احتجوا : بأنه لا يجوز أن يكون مهرًا ، فلم يكن عوضًا في الخلع ، كالحشرات[٣] .

٢٣١٥١ - قلنا : المعنى في الحشرات[٤] أنه لا يجوز استحقاقها بالوصية ، والحمل بخلاف ذلك[٥] .

٢٣١٥٢ - فإن قيل : تمليك الزوج للمرأة بضعها بالخلع ، كتمليكها إياه[٦] بالنكاح ، فيجب أن يؤثر تغيير البدل في أحدهما كالآخر

٢٣١٥٣ - قلنا[٧] : الزوج لا[٨] يملك بضعها ، وإنما يسقط حقه عنه فيعود[٩] إليها بإسقاطه ، والمرأة تملكه ، وإسقاط الحقوق يتسامح[١٠] فيها مالا يتسامح[١١] في التمليكات ، ولهذا يجوز إسقاط الحق « عن البضع »[١٢] بعوض وبغير عوض ، ولا يجوز تمليك البضع إلا بعوض .

٢٣١٥٤ - قالوا : عقد معاوضة فلا يجوز أن يكون الحمل عوضًا فيه[١٣] ، كالبيع ، والنكاح[١٤] .

٢٣١٥٥ - قلنا : البيع والنكاح لا يتعلق كل واحد منهما بشرط ، فلم يجز أن يستحق به الحمل ؛ ولما جاز أن يتعلق الخلع بالشرط ، جاز أن يستحق به الحمل[١٥] .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي للإمام أبي بكر الجصاص مخطوط بدار الكتب المصرية .
(٢) في (ن) ، (ع) : [من باغين] .
(٣) انظر : الحاوي الكبير للإمام الماوردي .
(٤) في (ن) : [الحسرات] .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٤/٧) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [أبلها] .
(٧) في (م) : [وأما] .
(٨) في (م) : [فلا] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [فعود] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [يسامح] .
(١١) في (ن) ، (ع) : [يسامح] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [عنه] .
(١٣) ساقطة من (م) .
(١٤) ساقطة من (ن) ، (ع) . انظر : المهذب (٧٣/٢) .
(١٥) انظر : المبسوط (١٨٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، فتح القدير (٢٢١/٤) ، العناية (٢٢٢/٤) .

مسألة ١١١٧

الخلع على الخمر والخنزير

٢٣١٥٦ - قال أصحابنا : إذا اختلعت المرأة [١] على خمر ، أو خنزير فلا شيء عليها [٢] .

٢٣١٥٧ - وقال الشافعي : عليها مهر مثلها [٣] .

٢٣١٥٨ - لنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم [٤] ، فإذا سمّت ما لا قيمة له ، فقد رضي بترك العوض ، فكأنه أطلق الخلع ، ولم يذكر عوضًا [٥] ، ولأن تسمية الخمر في العقد على البضع ، كالسكوت عن التسمية .

٢٣١٥٩ - أصله : النكاح [٦] ولا يلزم على العلة الأولى ما [٧] إذا خالعها على خل فإذا هو خمر ، لأنه لم يرض بتسمية مالا قيمة له [٨] ، ....

(١) في (ن) ، (ع) : [المسلمة] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٩١/٦) بدائع الصنائع (١٤٧/٣) ، الهداية (١٤/٢) ، البحر الرائق (٨٤/٤) ، المدونة (٢٧/٥) ، جواهر الإكليل (٣٣١/١) ، المبدع (٢٣٠/٧) ، كشاف القناع (٢٢٠/٥) - والمسألة في الكتاب ، انظر : اللباب (٦٥/٣) .

(٣) ما ذكره المصنف يوافق ما جاء في الأم للشافعي (٢١٥/٥) ، والمهذب (٧٣/٢) ، وقال النووي في المنهاج : فيه قولان أحدهما بانت بمهر المثل ، والثاني يبدل الخمر . انظر : مغني المحتاج (٢٦٤/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .

(٥) لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه ، وقال خواهر زاده : هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو الصحيح . فإن لم يكن لها على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر ، لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع ، وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة - وهو قولهما - لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ، ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهما جميعًا ، إلا إذا شرطا . وذكر في الوجيز فيما إذا قال : اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت ، عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا . انظر : البحر الرائق (٨٤/٤) .

(٦) إلا أن وجه الفرق بين الخلع والنكاح في حالة السكوت عن التسمية أن النكاح يجب فيه مهر المثل لأن النكاح لم يشرع إلا بعوض فإذا سكت عن التسمية وجب العوض الأصلي ، وهو مهر المثل . فأما الخلع فالعوض فيه غير لازم ، بل هو مشروع بعوض وبغير عوض ، فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض . انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) المبسوط (١٩١/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) .

(٧) زيادة من (ن) ، (ع) .

(٨) إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرًا إذا لم يعلم الزوج بكونه خمرًا فإنه يلزم عليها رد المهر عند الإمام أبي =

٢٥/ب ولا (١) يصير ذلك كالسكوت عن / العوض . والدليل على أن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم (٢) : أن مريضا لو طلق امرأته (٣) ولا مال له ، لم يضمن لورثته شيئا ، ولا لغرمائه . ولو كان أتلف متقوما ضمن لهم ، كما لو وهب ماله ، أو أعتق عبده (٤) .

٢٣١٦٠ - فإن قيل : إنما لا يضمن ، لأن البضع لا ينتقل إليهم لو لم يطلقها ، فيصير [بمنزلة ما] (٥) لو أعتق أم ولده ، لم يضمن شيئًا ، وإن كانت متقومة (٦) .

٢٣١٦١ - قلنا : العبد إنما يضمن ، لأنه مقوم في خروجه [من ملك] (٧) لا لما قالوه ، ألا ترى أن من قال لعبده : أنت حر رأس الشهر ، ثم مرض وأعتقه ، ثم مات بعد مضى شهر ، كان العتق من الثلث ، فإن كان لو لم يعتق ، لم ينتقل إلى الورثة (٨) ، ولأن المرأة لو ارتدت بعد الدخول ، لم تضمن لزوجها المهر ، وإن كانت (٩) قد أتلفت (١٠) عليه البضع ، ولو كان مقومًا ضمنت له بإتلافه (١١) كسائر المقومات (١٢) . وكذلك لو قتلت نفسها ، لم تضمن (١٣) قيمة (١٤) بضعها للزوج ، وإن كان قد تلف البضع (١٥) بفعلها . فإن قيل كل شيء إذا خرج من ملك المرأة كان له قيمة كسائر (١٦) المملوكات .

= حنيفة . وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط قياسًا على الصداق . انظر : المبسوط (١٩١/٦) ، البناية (٦٦٨/٤) - تبيين الحقائق (٢٦٩/٢) .

(١) في (ن) ، (ع) : [فلا] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [امرأة] .

(٤) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٢) ، البحر الرائق (٤٨٩/٨) اللباب (١٧٥/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف إن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث بأنه لم يعتبر من الثلث ، لأنه لا ينتقل إلى الورثة كأم الولد . انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) انظر : الهداية مع فتح القدير (٤٦٣/١٠) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [كان] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [أتلف] .

(١١) ساقطة من جميع النسخ ، وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(١٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٨١ ، الهداية (٢٢١/١) ، تبيين الحقائق (١٧٨/٢) .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [يضمن] .

(١٤) في (م) : [فيه] .

(١٥) قال في بدائع الصنائع إذا قتلت المرأة نفسها فإن كانت حرة لا يسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتأكد المهر ، لأن القتل إنما يصير تفويتًا للحق عند زهوق الروح ، لأنه إنما يصير قتلا في حق المحل عند ذلك والمهر في تلك الحالة ملك الورثة ، فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها أو أجنبي . وقال زفر يسقط المهر لأنها فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها في البدل . بدائع الصنائع (٢٩٤/٢) .

(١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

٢٣١٦٢ – قلنا : خروج البضع من ملكها غير متقوم ، وإنما يتقوم بالدخول في ملك الزوج ، وقد يتقوم الشيء لدخوله [1] في الملك ، ولا يتقوم خروجه بدلالة دم العمد ، لو عفى عن القاتل [2] لم يكن من الثلث [3] ، ويتقوم في دخوله في ملك القاتل [4] ، بدلالة أنه إذا أعطى عبدًا عوضًا ، لم يعتبر من الثلث [5] . ويدل على أن خروج البضع من ملك الزوج لا يتقوم أن [6] الأب لا يملك أن يخلع ابنته الصغيرة بما [7] لها ، ولو تقوم لصح أن يبذل العوض عنه [8] ، كما يجوز أن يزوج ابنته [9] بعوض من ماله .

٢٣١٦٣ – فإن قيل : إنما لا يجوز لأن بقاء البدل على ملكها انفع لها من عود البضع إليها .

٢٣١٦٤ – قلنا : إذا خلعها على شيء يسير ، ومهر مثلها مال عظيم ، عاد البضع إليها ، وتوصلت إلى تحصيل المهر من زوج آخر ، وذلك أنفع لها ، ومع ذلك لا يجوز .

٢٣١٦٥ – احتجوا : بأنه خالعها على عوض فاسد ، فوجب أن يرجع عليها ببدل البضع ، [كما لو خالعها] على عصير ، فوجده خمرا .

٢٣١٦٦ – والجواب : أن هناك لم يرض بخروج البضع] [10] من ملكه إلا بعوض مقوم [11] ، ورجع بحكم الغرور ، [وفي مسألتنا رضى بما لا قيمة له ، فصار ذلك كالسكوت عن العوض في مقابلة العوض ، فلا يرجع بشئ ،

٢٣١٦٧ – ولهذا قلنا : في النكاح يرجع عليها بمهر مثلها ، « و » [12] يصير تسمية

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [العامل] .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٤١،٣٤٠/٧) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [العامل] .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٤١،٣٤٠/٧) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [من] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) وأما وقوع الطلاق بهذا الخلع ففي رواية أنه يقع ، وفي رواية أنه لا يقع ، والأول أصح ، لأنه تعليق بشرط قبولها ، فيعتبر بالتعليق كسائر الشروط . انظر : العناية (٢٣٧/٤) .
(٩) هكذا في جميع النسخ ، وصحة العبارة « كما يجوز أن يزوج ابنه » قال في المبسوط « : وإذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها ، فإن لم يضمن الأب فهو شيء باطل ، لأنه ليس له ولاية الزام المال إياها بهذا السبب ، إذ لا منفعة لها فيه ، ولا يدخل في ملكها بمقابلته شيء ، بخلاف ما لو زوج ابنه الصغير بماله ، فإن ذلك العقد من مصالحه ، ويدخل في ملكه شيء متقوم بأداء ما يلزمه من المال . انظر : المبسوط (١٧٩/٦) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(١١) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [أو] .

الخمر ، كالسكوت عن التسمية . ولهذا نقول في البيع بالخمر : إن الواجب قيمة المبيع ، كما لو باع ولم يسم شيئًا [١] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٨٣/٥) .

مسألة ١١١٨

الخلع على ما في البيت من متاع

٢٣١٦٨ – قال أصحابنا : إذا خالعها على ما في هذا البيت من متاع ، فلم يكن فيه شيء ، فله المهر الذي أعطاها [(١)] .

٢٣١٦٩ – وقال الشافعي : مهر مثلها [(٢)] .

٢٣١٧٠ – لنا : أنه وجب عليها المهر حكما [فكان عليه رد مهرها

٢٣١٧١ – قالوا : لو ارتدت قبله قبضت مهرها] [(٣)] .

٢٣١٧٢ – احتجوا : بأن فسخ الخلع لا يصح ، فصار البضع مستهلكا ، فوجب [(٤)] عليها قيمته [(٥)] .

٢٣١٧٣ – الجواب : أنه يبطل به إذا ارتدت [(٦)] ، ولأنا لو « أوجبنا » [(٧)] قيمة المسمى بالاستهلاك ، لسقط الضمان لما بينا أن خروج البضع غير مقوم .

* * *

(١) انظر : المبسوط ج (١٨٦/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، فتح القدير (٢٢٢/٤) .

(٢) وهذا مشروط عند الشافعي بما إذا كانا يعرفان جميع ما في البيت فالخلع جائز ولها مهر مثلها . انظر : الأم (٢١٦/٥) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) في (م) : [فموجب] .

(٥) انظر : الأم (٢١٥/٥) .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (١٧٨/٢) .

(٧) في (م) : [لو أوجبنا] .

مسألة ١١١٩

خلع المرأة في مرض موتها

٢٣١٧٤ - قال أصحابنا : إذا اختلعت المرأة في مرض موتها فما بذلت [١] فمن الثلث [٢] .

٢٣١٧٥ - وقال الشافعي : إن بذلت [٣] مقدار مهر المثل ، فهو من رأس المال ، والزيادة عليه من الثلث [٤] .

٢٣١٧٦ - لنا : ما قدمنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، ومتى بذلت المال في مقابلة ما لا يتقوم ، كانت متبرعة به ، والتبرع في المرض من الثلث [٥] . ولأن كل مالا يجوز للأب أن يبذل مالها فيه في حال صغرها إذا بذلته [٦] في مرضها ، كان من الثلث كالهبات .

٢٣١٧٧ - احتجوا : بأنه مال استفيد بأدائه البُضْع ، فكان ذلك مقدار مهر المثل من رأس المال .

٢٣١٧٨ - أصله : إذا تزوج المريض [٧]

٢٣١٧٩ - الجواب : أن التزويج يملك الأب بذل [٨] مال الصغير في مقابلته ، فكان من رأس المال كأثمان البياعات [٩] ، وبدل الخلع لا يملك الأب بذل [١٠] مالها ، كالهبات .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [بدلت] .
(٢) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .
(٣) في (ن) : [بدلت] .
(٤) انظر : المهذب ج (٧٤/٢) ، روضة الطالبين (٣٨٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٣) ، حاشية البيجرمي (٤٤٧/٣) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [بدلته] .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بدل] .
(٩) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) .
(١٠) في (م) ، (ن) : [بدل] .

مسألة ١١٢٠

ما يسقط بالخلع والمبارأة من حقوق النكاح

٢٣١٨٠ - قال أبو حنيفة : إذا اختلعت من زوجها [1] تباريا وجب للزوج ما سمى في الخلع ، ويسقط كل حق وجب بالنكاح . وإن كان لم يدفع مهرها ، فلا شيء لها عليه . فإن كان دفع المهر والخلع قبل الدخول لم يرجع عليها بنصفه [2] .

٢٣١٨١ - وقال محمد : حقوق النكاح كلها باقية ، « لا يسقط » [3] منها إلا ما سمى .

٢٣١٨٢ - وبه قال الشافعي [4] .

٢٣١٨٣ - لنا : أن المقصود بالخلع إسقاط المنازعة في حقوق النكاح ، بدلالة أنهما لو اتفقا عليها لم يحتاجا إلى الخلع ، وإنما دخلا فيه للشقاق ، فاقتضى لفظهما وقصدهما إسقاط الحقوق فوجب أن تسقط إذا كانا يملكان إسقاطها . يدل على ذلك حال [5]

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) هذه المسألة لها صورتان : (ا) ما يسقط بالخلع من حقوق النكاح :

١ - ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الخلع يوجب براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح ، وهذا بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما بل للمختلعة النفقة والسكنى ، إلا إذا اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، المبسوط (١٨٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، فتح القدير (٢٣٣/٤) ، رد المختار (٢٦٥/٢) .

٢ - ذهب الإمام أبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي ، وأحمد إلى أن الخلع لا يوجب براءة كل واحد منهما من صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح ، إلا ما سمى منها فإنه يسقط . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ البحر (٩٤/٤) ، الأم (٢١٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٥ ، الفروع (٣٦٠/٥) ، - الإنصاف (٤٢٢/٨) .

(ب) الصورة الثانية : ما يسقط بالمبارأة من حقوق النكاح : ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن المبارأة توجب براءة كل واحد منهما من الحقوق الواجبة بالنكاح ، وهذا أيضًا بخلاف نفقة العدة والسكنى . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، الهداية (١٦/٢) ، البناية (٦٨١/٤،٦٨٢) ، البحر الرائق (٩٤/٤) . وذهب محمد بن الحسن ، والشافعي وأحمد إلى أن المبارأة لا توجب براءة كل واحد منهما من صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح إلا ما سمى . انظر : المبسوط (١٨٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، الأم (٢١٦/٥) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [ولا يسقط] .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ المبسوط (١٨٩/٦) ، الأم (٢١٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٥ .

(٥) ساقطة من (م) .

المتخاصمين إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر حقوقا ، ثم اصطلحا على مال وتباريا سقط كل حق ادعاه أحدهما [١] على الآخر ، لأن الغرض [٢] بالصلح [٣] إزالة الخصومة ، كذلك في مسألتنا [٤] ، و [٥] لأن التباري تفاعل من البراءة [٦] ، وهذا يقتضي إسقاط كل حق تعلق بما تنازعا فيه ، فوجب أن يسقط جميع ذلك ، كما لو سميت [٧] تلك الحقوق ، ولا يلزم الديون الواجبة [٨] بغير النكاح ، لأنها تسقط عند أبي حنيفة على ما رواه ابن [٩] ابن رستم [١٠] . وليس في الأصول خلافه [١١]

٢٣١٨٤ - ومن أصحابنا من فرق بينهما ، وقال : تلك الحقوق لم تتعلق للشقاق فيه ، فلم يدخل في حكم العقد ، لأن كل حق وجب لأحد الزوجين على الآخر بعقد النكاح ، يسقط بالخلع كالاستباحة ، والقسم ، ولا يلزم تحريم الجمع ، لأن ذلك الحق لم يجب لأحدهما على الآخر [١٢] .

٢٣١٨٥ - احتجوا : بأن الخلع طلاق فصار كالطلاق على مال [١٣] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [الفرص] وفي (ن) : [العرض] .

(٣) الصلح : اسم بمعنى المصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم . المغرب ٢٧٠ . وفي الشرع عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي . انيس الفقهاء ٢٤٥ .

(٤) وقد رد الشيرازي هذا فقال : لا نسلم ذلك بل يقتضي إيقاع الطلاق .انظر : النكت ورقة (٢١٥،٢١٦) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : المغرب ص ٣٨ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [سمت] .

(٨) في (م) : [الواجبة] .

(٩) في (م) : [أبو] .

(١٠) هو : إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزى أحد الأعلام . أخذ الفقه عن محمد بن الحسن ، وروى عن أسد بن عمر البجلي ومالك والثوري وشعبة وحماد بن سلمة وغيرهم . وروى عنه الإمام أحمد وأبو خيثمة وزهير بن حرب وغيرهم ، له من المصنفات : « النوادر » كتبها عن محمد بن الحسن . مات بنيسابور سنة (٢١١) انظر : تاج التراجم ص ٣ ، الفوائد البهية ص (٩،١٠) الجواهر المضية (١/٨٠-٨٢) ، الطبقات السنية (١/٢٢٥-٢٢٦) . لإبراهيم بن رستم كتاب النوادر كتبه عن محمد بن الحسن الشيباني . انظر : كشف الظنون (١٩٨١/٢) . ولم أعثر عليه .

(١١) ظاهر الرواية أن الخلع والمبارأة لا يوجبان البراءة من دين آخر سوى النكاح ، وهذا هو الصحيح . وقد نقل في البزازية اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له عندها كذا من القطن يصح لأن البراءة تختص بحقوق النكاح .انظر : البحر الرائق (٩٨/٤) ، البناية (٦٨٢/٤) ، رد المختار (٥٦٦/٢) .

(١٢) انظر : البناية (٦٨٣/٤) ، بدائع الصنائع (١٥٢/٣) .

(١٣) انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، المبدع (٢٤٥/٧) .

٢٣١٨٦ - الجواب : أن الطلاق ليس [في لفظه] [١] ما يفيد الإسقاط ، وليس كذلك المبارأة والمخالعة ، لأن لفظهما ، وقصدهما يقتضي الإسقاط [٢] .

٢٣١٨٧ - قالوا : لو قال لها : خالعتك ، ونوى الطلاق لم تسقط حقوقه . وإذا وجد اللفظ منهما لم تسقط حقوقهما .

٢٣١٨٨ - قلنا : نحن جعلنا اللفظ مع قصدهما إلى التخلص من سبب الشقاق دلالة على الإسقاط ، فإذا وجد لفظ خاص [٣] ، فلم [٤] يوجد قصدها ، ولا قصد الزوج ، لأنه قصد التحصل على الفرقة برضاها وقبولها .

٢٣١٨٩ - قالوا [٥] : ما لم يسمها لا تسقط كالديون [٦] .

٢٣١٩٠ - قلنا : لا نسلم ذلك ، ولو سلمنا فالفرق بينهما ما بينا .

٢٣١٩١ - قالوا : نقيس على النفقة إذا لم يشترط [٧] سقوطها [٨] .

٢٣١٩٢ - قلنا : البراءة تسقط الحقوق الواجبة التي وجد سببها ، والنفقة لم تجب ، ولم يوجد سبب وجودها .

٢٣١٩٣ - قالوا : لو كان دفع المهر إليها ، ثم خالعها على غير جنس المهر لم يرجع عليها بنصف ما أعطاها إياه عندكم ، وإن كان المهر حقا لم يجب .

٢٣١٩٤ - قلنا : وجد سببه لأن عقد النكاح سبب في وجوب نصف المهر بالفرقة قبل التسليم .

٢٣١٩٥ - فإن قيل : فكذلك النكاح سبب في وجوب النفقة .

٢٣١٩٦ - قلنا : لو كانت النفقة تجب بوجود العقد لأوجب العقد مالين ، والعقد الواحد لا يوجب بدلين أحدهما محظور ، ولو جاز ذلك لقيل إن الميراث يتعلق بالعقد وإنما نصف المهر بالعقد يوجب سلامة البدل : فإذا لم يسلم المبدل فسقوطه يعيد البدل إلى الحاقد قبل التسليم ، فكان ذلك من مقتضى العقد فصح أن يقال وجد سببه .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٢/٣) .

(٣) في (ص) : [خاصة] . (٤) في (ن) ، (ع) : [ولم] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، الشرح الكبير (٢٢٦/٨) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بشرط] .

(٨) انظر : الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، فتح القدير (٢٢٥/٤) .

مسألة ١١٢١

الخلع على أن لا نفقة عليه في عدتها

٢٣١٩٧ - قال أصحابنا : إذا خلع امرأته على أن لا نفقة عليه في عدتها صح الخلع ، وسقطت النفقة (١) .

٢٣١٩٨ - وقال الشافعي : لها النفقة إن كانت حاملًا ، ويرجع عليها بمهر المثل (٢) .

٢٣١٩٩ - وكان أبو بكر الرازى يقول : الخلع يقع على مثل ما يستحقه في ذمتها ، ثم يصير قصاصًا (٣) بما يجب لها عليه لو كان غيره .

٢٣٢٠٠ - ومن أصحابنا من يقول : يقع الخلع على سقوط النفقة (٤)

٢٣٢٠١ - لنا : أنه خالعها وشرط مالا يثبت سببه بالخلع ، فصار كما شرط في الخلع أن لا يرجع عليها بما أعطاها من المهر (٥) ، لأن مقصودها (٦) بالخلع قطع المنازعة في الحقوق المتعلقة بالعقد ، فلو لم يجز شرط إسقاط النفقة بقيت المنازعة ، فبطل مقصود العقد ، وعلى طريقة أبي بكر الرازي أن النفقة من جنس (٧) الأثمان ، وهي لا تتعين ، وإنما يقع على مثل المسمى في ذمة العاقد ، فيثبت له في ذمتها مثل نفقتها ، ويصير ذلك قصاصا بما يجب عليه في العدة . وجهالة مقدارها لا يمنع من صحة تسميتها ، كما لو تزوجها مفوضة ودخل بها ، ثم خلعها على مهرها ، وإن كان العقد وقع على مهر مثلها ، وهو مجهول ، كذلك جهالة النفقة .

٢٣٢٠٢ - ولا يلزم إذا خالعها على السكنى ، لأنها حق اللّٰه تعالى في ملك العقد ،

(١) وبه قال الإمام مالك ، وأحمد إذا كانت حاملًا . انظر : المبسوط (١٧٢/٦) ، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢) ، البحر الرائق ٤ م ٩٧ ، الكافي (٥٩٥/٢) ، المبدع (٢٣٢/٧) ، الفروع (٣٥٠/٥) ، كشاف القناع (٢٢١/٥) .

(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٦ ، روضة الطالبين (٤٣٦/٧) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [مما] .

(٤) انظر : شرح مختصر الطحاوي للجصاص ورقة ١٥٧ .

(٥) إذا خالعها على بدل وكان البدل هو المهر فإن كان غير مقبوض سقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية . وإن كان مقبوضًا فعليها أن ترده على الزوج . انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، فتح القدير (٢٣٤/٤) .

(٦) ساقطة من (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [حبس] .

فلا يجوز إسقطاها [١] . فإن خالعها على أجرة السكنى جاز مثل مسألتنا [٢] .

٢٣٢٠٣ - ولا يلزم على ما يجب لها عليه [٣] إذا قتل عبدها [٤] أو استهلك مالها ، لأنا اعتبرنا في الطريقة الأولى ما يوجب سببه عقد النكاح ، لأنه لا يوجد [٥] في قتل العمد ، وعلى الطريقة الثانية إن جهالة النفقة لا تمنع من ثبوتها في وقتها بالخلع ، لجهالة مهر المثل .

٢٣٢٠٤ - ومعلوم أن النفقة محصورة وقد تتفاوت مدة العدة ، كتفاوت مهر المثل ، فإذا جاز في العقد إحدى الجهالتين جازت الأخرى ، وجهالة ما يجب لها عليه باستهلاك مالها جهالة كثيرة ، فلا يصح ثبوتها في بدل الخلع ، والنكاح .

٢٣٢٠٥ - احتجوا : بأنه براءة / مما لا يجب ، فوجب أن لا [٦] يصح .

أصله : إذا أبرأته من غير خلع ، وكما لو خلعها على ما يجب عليه إذا قتل عبدها ، أو استهلك مالها [٧] .

٢٣٢٠٦ - قلنا : إذا أطلق البراءة فليست [٨] من توابع العقد ، وإذا شرطها في الخلع فقد تبعت عقدًا سومح فيه ، لأجل الشقاق لا يسامح [٩] في غيره ، ألا ترى أنه يجوز في حال الحيض ، وعقيب الجماع كل ذلك ليزول الشقاق [١٠] ، كذلك يسامح في جواز شرط إسقاط النفقة ، وإن لم يجز على الانفراد ، فأما قيمة ما يستهلك من مالها ، فلا يجوز لوجهين :

٢٣٢٠٧ - أحدهما : أن جهالة ذلك كثيرة لا تنحصر .

٢٣٢٠٨ - والثاني : أن ضرورة الشقاق إنما هي في علق النكاح ، فاضطر إليه ، وما سوى ذلك لا [١١] تعلق له بالنكاح ، فلم تدخل [١٢] فيه الضرورة فيجب الخلع .

---

(١) انظر : البناية (٦٨٢/٤) .

(٢) انظر : المبسوط (١٧٣/٦) ، تبيين الحقائق (٢٧٣،٢٧٢/٢) البناية (٦٨٢/٤) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [عقدها] .

(٥) في (م) : [يوجب] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ .

(٨) في (م) : [وليست] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [يتسامح] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣)

(١١) في (ن) ، (ع) : [فلا] .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، في (ع) : [يدخل] .

مسألة ١١٢٣

لا يستحلف الزوجان إذا اختلفا في بدل الخلع

٢٣٢٠٩ - قال أصحابنا : إذا اختلفا في بدل الخلع لم يتحالفا ، وكان القول قول المرأة مع يمينها [١] .

٢٣٢١٠ - وقال الشافعي : يتحالفان [٢] ، ويقضى بمهر المثل [٣] .

٢٣٢١١ - لنا : أن يمين الزوج لا يحتاج إليها في فسخ العقد ولا في إسقاط « ما ادعته المرأة » [٤] ، لأنه يملك إسقاط ذلك بقوله فلا يستحلف ، كما لو اعترف له بحق ، وادعى حقًّا آخر ، لم يستحلف [٥] ، ولا يلزم البيع ، لأن اليمين يحتاج إليها في فسخ العقد [٦] . ولا يلزم النكاح : لأن الزوج اعترف لها بالمهر ، وهي لا تملك [٧] إسقاط المهر بقولها ، لأنه لابد في النكاح من بدل ، فاستحلف كل واحد منهما لإسقاط التسمية التي [٨] ادعاها الآخر ، ليمكن [٩] القضاء بموجب العقد من مهر المثل [١٠] .

٢٣٢١٢ - احتجوا : بأنهما اختلفا في مقدار العوض المستحق بالعقد مع عدم البينة ، فوجب التحالف ، كاختلاف المتبايعين في الثمن [١١] .

٢٣٢١٣ - قلنا : هناك يحتاج إلى فسخ العقد لعدم الثمن ، فلابد من التحالف ، لإسقاط الثمن . وفي مسألتنا العقد لا ينفسخ ، وما اعترفت به [١٢] المرأة يسقَط بمجرد

---

(١) وبه قال الإمام مالك وهو المنصوص عن الإمام أحمد وهو المذهب . انظر : المبسوط (١٨٢،١٨١/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٠،١٤٩/٣) ، فتح القدير (٢٣٣/٤) ، الكافي (٥٩٤/٢) ، جواهر الإكليل (٣٣٦/١) ، المبدع (٢٤٦/٧) ، الفروع (٣٦١،٣٦٠/٥) . (٢) بياض بنسخة (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الأم (٢٢١/٥) ، المهذب للشيرازي (٧٦/٢) ، فتح الوهاب (٧٢/٢) ، مغني المحتاج (٢٧٨،٢٧٧/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ما ادعت المرأة] . (٥) انظر : الاختيار (١٥١/٢) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، المبدع (٢٤٧،٢٤٦/٧) ، فتح القدير (٢٣٣/٣) .

(٧) في (ن) : [يملك] . (٨) في (ن) : [الذي] .

(٩) في (ن) : [لتمكن] .

(١٠) انظر : الهداية (١٦٥/٣) ، فتح القدير (٢٢٨/٨) ، اللباب في شرح الكتاب (٤٩،٤٨/٣) .

(١١) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، المهذب (٧٦/٢) .

(١٢) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى .

قوله ، فلا يحتاج إلى يمينه ، لإسقاط ذلك [١] ، ولا يقال : قد أبيتم التحالف في النكاح ، وإن لم نفسخ العقد [٢] .

٢٣٢١٤ - قلنا : لأن التحالف في النكاح لإسقاط المسمى . فإن أسقطا بقى موجب العقد من مهر المثل ، فلو ثبت التحالف في الخلع سقط البدل ، لأن العقد لا يوجب البدل من غير تسمية عندنا ، فلا يمكن القضاء بشئ لما بينا أن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم ، فلا يجوز القضاء بمهر المثل .

* * *

(١) انظر : المغني (٢٢٩/٨) ، الهداية (١٦١/٣) .
(٢) انظر : البناية (٢٥٧/٤) .

مسألة ١١٢٣

إذا خالفت الزوجة زوجها فيما جعل إليها من الطلاق

٢٣٢١٥ - قال أبو حنيفة : إذا قال الزوج لامرأته : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثًا ، [لم يقع عليها شيء] (١) ، قالا : يقع واحدة .

٢٣٢١٦ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٣٢١٧ - لنا : أنها خالفت الزوج لفظا ومعنى ؛ بدلالة أن الثلاث غير الواحدة (٣) من طريق اللفظ ، ومن طريق المعنى ، الواحدة (٤) لا تزيل (٥) الملك ولا توجب (٦) التحريم ، والثلاث توجب (٧) التحريم وتزيل (٨) الملك ، وهي تتصرف (٩) فيما جعل إليها ، فإذا خالفت الزوج لم ينفذ تصرفها (١٠) [كما لو قال] (١١) : طلقي نفسك ثلاثًا [فقالت : طلقت نفسي إن دخلت لدار .

٢٣٢١٨ - ولا يلزم إذا قال طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت نفسها واحدة ، لأن الأمر] (١٢) ، لا يقتضي اجتماعها ، بل هو عام في تجميع التطليقات وتفريقها .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة] وهي زيادة لا وجه لها . انظر : الجامع الصغير ٢١٠ ، المبسوط (١٩٨/٦) ، الهداية (٢٤٨/١) البحر (٣٦١/٣) ، تبيين الحقائق (٢٢٧/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك ، وأحمد . انظر : الجامع الصغير ٢١٠ ، بدائع الصنائع (١٢٤/٣) ، التفريع (٨٩/٢) ، المهذب (٨٠/٢) ، فتح الوهاب (٧٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٨٧/٣) ، المغني (٣٠١/٨) .

(٣) في (ن) : [الوحدة] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [الواحد] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [يوجب] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [يوجب] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [تصرف] .

(١٠) وقد رد الشيرازي هذا بأنها طلقت المأذون وغير المأذون فيقع المأذون دون غيره كما لو قال لها طلقي نفسك فقالت : انا وضرائري طوالق ، ولأن الواحدة تدخل في الثلاث فتقع كما لو قال طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

(١١) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة [بخلاف ما لو قال] كما يدل عليه السياق .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

فإذا طلقت واحدة فقد أوقعت [١] ما جعل إليها ، فيقع [٢] .

٢٣٢١٩ - ولا يلزم إذا قالت له المرأة : طلقني واحدة بألف ، فطلقها ثلاثًا ، لأن الزوج لا يملك الطلاق بخلعها وتمليكها ، وإنما يؤثر قولها في إيجاب البدل عليها ، وهي إنهما التزمت العوض لتملك نفسها ، وإيقاع الثلاث أبلغ في ملكها نفسها ، فوجب أن يستحق البدل عليها [٣] ، ولأنه أمرها بإيقاع طلقة ممكنة ، فإذا أوقعت ما جعله إليها غير متميز ، [فقد أوقعت] [٤] ما لم يملكها إياه ، كمن أمر رجلا أن يزوجه امرأة ، فزوجه امرأتين ، وكما لو قال : بع عبدًا من عبيدي ، فباع عبدين [٥] ، وليس كذلك إذا قالت : طلقت نفسي ، وصاحبتي [٦] ، لأنها أوقعت [٧] ما يحصل إليها مهرًا عن غيره ، ثم أوقعت [٨] ما لم يجعل [٩] إليها ، فصار كما لو زوجه امرأة ، ثم أخرى .

٢٣٢٢٠ - ولهذا نقول : إنها لو قالت طلقت [١٠] صاحبتي [١١] ، ونفسي . لم يقع ، لأنها « تشاغلت » بغير ما فوض إليها فخرج الأمر من يدها [١٢] .

٢٣٢٢١ - احتجوا : بأنها أوقعت ما جعل إليها ، وما لم يجعل ، فصار كما قالت طلقت نفسي واحدة ، واحدة [١٣] ، أو طلقت نفسي ، وصاحبتي [١٤] .

٢٣٢٢٢ - قلنا : يبطل بما إذا قال : زوجني امرأة . فزوجه امرأتين .

٢٣٢٢٣ - فإن قيل : جهالة المنكوحة يمنع النكاح ، وجهالة التطليقتين لا يمنع الوقوع .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [أوقع] .

(٢) انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٥/٣) .

(٣) قال في بدائع الصنائع : ولو قالت طلقني واحدة بألف ، فقال أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث مجانًا عند أبي حنيفة ؛ لأن الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة ، فإذا قال ثلاثًا فقد عدل عما سألته ، فصار مبتدئا بالطلاق ، فتقع الثلاث بغير شيء . انظر : بدائع الصنائع (١٥٣/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(٥) رد الشيرازي هذا بأن المأمور هناك غير داخل في المفعول ، وههنا المأمور داخل في المفعول ، فهو كما قال بع بألف فباع بألفين . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [وصاحبي] .

(٧) في (ن) : [أوقت] وفي (ع) : [ادعت] .

(٨) في (ن) : [أوقعت] .

(٩) في (ع) : [يحصل] .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [صاحبي] .

(١٢) انظر : المبسوط (١٩٨/٦) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٤) في (ن) : [صاحبي] . انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٤/٣) ، النكت ورقة ٢١٩ ، المغني (٣٠١/٨) .

٢٣٢٢٤ - قلنا : الجهالة لا تمنع الطلاق إذا أوقعه الزوج [١] ، فأما المملكة [٢] للطلاق المعين إذا أوقعته غير معين ، فقد فعلت غير [ما ملكت] [٣] ولا يمنع مما فوض إليها .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٤٦/٦) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [المملوكة] .

(٣) في (م) : [ما سألت] وما أثبتناه أنسب للسياق .

مسألة ١١٣٤

إذا قالت لزوجها طلقني ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة

٢٣٢٢٥ - قال أبو حنيفة : إذا قالت لزوجها : طلقني ثلاثًا على ألف ، فطلقها واحدة ، فلا شيء له [(١)] .

٢٣٢٢٦ - وقال الشافعي : يستحق ثلث الألف [(٢)] .

٢٣٢٢٧ - لنا : أن « على » فيها معنى الشرط ، لها غرض صحيح في إيقاع الثلاث شرطًا [حتى تبين منه أعظم البينونة ، والطلاق يتعلق بالشرط ، فصار إيقاع الطلاق شرطًا] [(٣)] في استحقاق العوض ، فلم يوجد الشرط [(٤)] ، وليس هذا كقوله : طلقني ثلاثًا بألف ، لأن الباء فيها معنى العوض ، وليس فيها شرط ، والطلاق بلا شرط شرط بعضه في بعض حكمًا ، فاعتبرت كل طلقه على حيالها ، بما [(٥)] جعل لها من العوض [(٦)] .

٢٣٢٢٨ - ولا يلزم إذا قالت : طلقني ، وصاحبتي [(٧)] على ألف ، لأنه لا غرض لها

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : الجامع الصغير ٢١٧ ، المبسوط (١٧٤/٦) ، فتح القدير (٢٢٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢٧٠/٢) ، المغنى (٢٠٥/٨) ، الشرح الكبير (٢١٣/٨) .

(٢) وبه قال الإمام أبو يوسف ومحمدانظر : الجامع الصغير ٢١٧ ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) ، البناية (٦٧٤/٤،٦٧٥) المهذب (٧٥/٢) ، النكت ورقة ٢١٤ . أما عند الإمام مالك لو قالت طلقني ثلاثًا على ألف ، فقال طلقت واحدة أو بالعكس ، وقع واستحق ذلك على المنصوص فيهما لأن مقصودها حصل انظر : حاشية الرهونى على الزرقانى (٧٤/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (١٧٤/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) . وقد رد ابن قدامة هذا فقال : لا نسلم أن على للشرط ، فإنها ليست مذكورة في حروفه ، وإنما معناها ومعنى الباء واحد ، وقد سوى بينهما فيما إذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ، ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين . انظر : المغني (٢٠٥/٨) .

(٥) في (م) : [إنما] .

(٦) إذا قالت لزوجها طلقني بألف درهم ، فطلقها واحدة فله ثلث الألف ، لأن حرف الباء يصحب الأبدال والأعواض والعوض ينقسم على المعوض فهي لما التمست الثلاث بألف فقد جعلت بإزاء كل تطليقة ثلث الألف ثم فيما صنع الزوج منفعة لها ، لأنها رضيت بوجوب جميع الألف عليها بمقابلة التخلص من زوجها ، فتكون أرضى بوجوب ثلث الألف عليها إذا تخلصت من زوجها ، وبالواحدة تتخلص . انظر : المبسوط (١٧٣/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) .

(٧) في (ن) : [وصاحبي] .

في طلاق صاحبتها بعد بينونتها ، فعلم أنها أرادت العوض لا الشرط [1] .

٢٣٢٢٩ - احتجوا : بأنها جعلت الألف في مقابلة التطليقات ، وانقسمت كقولها : طلقني ثلاثًا بألف [2] .

٢٣٢٣٠ - قلنا : « وقد بينا » [3] الفرق بينهما .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٨٥/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (١٧٤/٦) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [قلنا قد بينا] .

مسألة ١١٢٥

إذا خالعها على رضاع ابنه مدة معينة فمات قبل الرضاع

٢٣٢٣١ - قال أصحابنا : إذا خالعها على رضاع ابنه منها سنة ، فمات الصبي قبل أن ترضعه ، رجع عليها بقيمة الرضاع [(١)] .

٢٣٢٣٢ - وقال الشافعي : بمهر مثلها [(٢)] .

٢٣٢٣٣ - لنا : أن التسمية قد صحت ، لأن الرضاع تصح المعاوضة عنه ، وقد تعذر التسليم فيه ، فصار كما لو خالعها على عبد فمات ، [أو تزوجها على عبد فمات] [(٣)] ، وقد بينا هذه المسألة .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) ، فتح القدير (٦٨٧/٤) ، البناية (٦٨٧/٤) ، البحر الرائق (٩٨/٤) .

(٢) قال في المهذب : فإن مات الولد ففيه قولان أحدهما : يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه ، وعلى هذا يرجع إلى مهر المثل ، وهو الجديد ، وإلى أجرة الرضاع في القديم . والقول الثاني : أنه لا يسقط الرضاع ، بل يأتيها بولد آخر لترضعه ، لأن المنفعة باقية ، وإن مات المستوفى قام غيره مقامه . انظر : المهذب (٧٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٩٩/٧، ٤٠٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .

تعليق الطلاق والعتاق بالملك

٢٣٢٣٤ - قال أصحابنا : إذا علق عقد الطلاق ، والعتاق ، فأضافهما إلى الملك ، فقال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو كلما [1] تزوجت امرأة فهي طالق صح العقد ، وإذا وجد الشرط في ملك وقع الطلاق [2] .

٢٣٢٣٥ - وهو قول : ابن عمر [3] ، وابن مسعود [4] [ﷺ] [5] .

٢٣٢٣٦ - وقال الشافعي : [لا يصح [6] تعليق الطلاق ، والعتاق بالملك] [7] .

٢٣٢٣٧ - لنا : أن الطلاق يصح تعلقه بالشرط فصح أن يضاف إلى الملك كالمهر . وهذا الأصل قد دل عليه القرآن ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضْلِهِۦ بَخِلُوا۟ بِهِۦ ﴾ [8] .

٢٣٢٣٨ - وقد دل عليه الإجماع [9] ، ولأن الطلاق يصح في المجهول ، ويتعلق بالخطر ، فجاز إضافته إلى الملك كالوصية والنذر [10] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) هذه المسألة لها صورتان .

(أ) تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج ، مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق . وللفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب .

(ب) الصورة الثانية تعليق العتاق بالملك . ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك ورواية عن أحمد إلى جوازه انظر : الهداية (٥٤/٢) ، المبدع (٣١٠/٦) ، أسهل المدارك (٢٤٧/٣) وذهب الإمام الشافعي وأحمد - في رواية - إلى عدم جواز وقوعه . انظر : مغني المحتاج (٢٩٣/٣) ، المبدع (٣١٠/٦) .

(٣) انظر : الموطأ ، باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح (٥٨٤/٢) .

(٤) انظر : المبسوط (٩٧/٦) . الموطأ باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح (٥٨٥/٢) ، سنن سعيد بن منصور (٢٨٦/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) في (م) : [لا يتقدر] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) سورة التوبة : الآية ٧٦

(٩) انظر : مشكل الآثار (٢٨٥/١) ، ٢٨٦ للإمام أبي جعفر الطحاوي .

(١٠) ساقطة من (م) . وقد اعتبر القياس على الوصية قياسًا فاسدًا ، لأن الوصية نافذة بعد الموت ، ولو طلق الحي بعد موته لم يجز ، كما أن الوصية قربة لله ﷻ ، والطلاق ليس فرضا ولا مندوبا إليه ، كما أن الوصية ليست بتنفيذ ، ولهذا يفتقر تنفيذها إلى تعيين الورثة وهذا تنفيذ . انظر : المحلي (٥٣٣/١١) ، فتح الباري (٣١٨/٩) .

٢٣٢٣٩ - فإن قيل : المعنى في الوصية ، والنذر [١] أن كل واحد منهما يصح أن يعقد مطلقا ، وإن لم يضف إلى الملك ، وليس كذلك الطلاق ، والعتاق ، لأن كل واحد منهما لا يصح إطلاق العقد عليه قبل الملك فلم يصح وإن أضيف إلى الملك .

٢٣٢٤٠ - قلنا : القدر الذي قسنا عليه ، هو نذر صدقة والعتق [٢] ، وذلك لا يصح إطلاق العقد عليه قبل ملكه ، وإنما يصح إذا أضيف إلى الملك [٣] ، وأما الذي يصح إطلاق العقد عليه فهو قدر ما في الذمة [٤] ، ولم نقس على هذا . فأما الوصية : فلا تصح إلا في ملك ، أو مضافة إلى ملك إلا أن الإضافة تكون تارة : بالصريح ، وتارة من طريق الحكم . [فإذا قال : أوصيت لفلان بثلث مالي والوصية تمليك] [٥] يتعلق بالموت ، فقد أضاف الوصية إلى تملكه عند موته ، فإذا قال : أوصيت بألف . فكأنه قال : ملكته بموتي ألفا ، فيتناول ذلك ما يملكه عند الموت حكما ، ولهذا لو علق الوصية بعين على ملك غيره ، لم يصح حتى يضيفها إلى ملكه [٦] .

٢٣٢٤١ - فإن قيل : المعنى في الوصية أنها تنفذ من غير ملك ، فجاز أن تنعقد في غير ملك ، والطلاق لا ينفذ في غير ملك ، [ولا ينعقد في غير ملك ، فلا ينعقد إلا في ملك [٧] .

٢٣٢٤٢ - قلنا : علة الفرع تبطل بالنذر ، فإنه لا ينفذ في غير ملك ، وهو علة الأصل بالعتق ، لأنه ينفذ عندهم في ملك ، وهو في غير ملك] [٨] ، وهو العبد المشترك ، ولا ينعقد عندهم إلا في ملك [٩] . على أنه لا فرق عندنا بين الوصية ، والعتق ، والطلاق ، لأن الطلاق ينعقد في غير ملك وينعقد في الملك ، وفي حكم [١٠] الملك ، وهي المختلعة [١١] ، والوصية تنعقد في غير ملك وتنعقد في حكم الملك ، لأن

---

(١) في (م) : [البدر] ، وفي (ن) [الندر] .
(٢) في (م) : [والعتق] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [اللغة] .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٢/٧) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٣/٧) .
(٧) أي أن الوصية عند المخالف تنفذ في غير ملك وتنعقد في غير ملك ، ولهذا جاز تعليقها ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينعقد ولا ينفذ إلا في ملك . النكت ورقة ٢١٦ .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٩) انظر : المهذب (٢٤٢/٢) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [الحكم] .
(١١) انظر : البحر الرائق (٨٠/٤) .

التركة على حكم ملك [١] الميت حتى تنفذ الوصايا ، ويقسم [٢] الميراث [٣] .

٢٣٢٤٣ – فإن قيل : المعنى في النذر ، أنه ينعقد على الذمة ، فلذلك لم يفتقر إلى الملك ، والطلاق لا ينعقد على الذمة [٤] .

٢٣٢٤٤ – قلنا : الطلاق والعتاق ، يصح أن ينعقد [٥] على الذمة ، وكان يجب أن يصح [٦] العقد عليه في غير ملك على فرض [٧] هذا القول .

٢٣٢٤٥ – فإن قيل : النذر يراد للإيجاب لا للنفوذ [٨] ، بدلالة أن الشرط إذا وجد لا ينفذ ، وإنما يفتقر إلى تنفيذ ، والإيجاب يصح ممن لا يصح منه التنفيذ ، بدلالة الحائض توجب [٩] الصلاة فتجب ، ولا يصح فعلها منها ، وأما الطلاق فعقد [١٠] إنما يراد للنفوذ ، بدلالة أن الشرط إذا وجد نفذ [١١] ، فلم يحتج إلى تنفيذ .

٢٣٢٤٦ – قلنا : والوصية تراد للتنفيذ ، بدلالة أن الموت إذا وجد نفذت [١٢] ، وملك الموصى له الثلث ، « وإن كان يعقد » [١٣] في غير ملك ، ولأنه أضاف الطلاق [١٤] إلى [١٥] وقت يملك إيقاع الطلاق فيه في الظاهر ، وهو ممن له قول صحيح ، فوجب أن ينعقد طلاقه ، كما لو قال لزوجته : أنت طالق رأس الشهر [١٦] ، ولأنه إذا قال : أنت طالق رأس الشهر جاز أن يكون ممن يقع طلاقه ويجوز أن لا [١٧]

---

(١) في (م) : [الملك] .
(٢) في (م) : [ويسم] .
(٣) انظر : البحر الرائق (٥٥٨،٥٥٧/٨) .
(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على النذر بأن النذر ينعقد في الذمة فلا يفتقر إلى الملك ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينعقد على الذمة . .
(٥) في (م) : [ينعقد] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [وكان يصح أن يجب] .
(٧) في (م) : [قرر] ، وفي (ن) : [فرد] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [للغو] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [لوجب] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [فعقده] .
(١١) في (م) : [بعد] ، وفي (ن) : [نفد] .
(١٢) في (ن) : [نفدت] .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [وإن كانت تنفقد] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [الملك] .
(١٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٦) انظر : المبسوط (٩٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٣) . وقد رد الشيرازي هذا : بأن الزوج مالك للطلاق فملك تعليقه على الشرط كمن ملك سلعة ملك بيعها بشرط وهذا غير مالك للطلاق فلم يملك تعليقه بشرط كمن لم يملك سلعة لم يملك بيعها بشرط . النكت ورقة ٢١٦ .
(١٧) ساقطة من (ع) .

يكون ممن ينعقد طلاقه ، ومع ذلك ينعقد يمينه ، فإذا أضاف / الطلاق إلى التزويج وملكه [١] متحقق في ذلك الوقت ، أولى أن ينعقد [٢] ٢٦٠/ر

٢٣٢٤٧ - ولأن الطلاق ينعقد ، فإذا أضافه إلى الملك فهو كالمرسل في الملك ، كما لو قال لامرأته الحائض : أنت طالق للسنة [٣] . يبين ذلك أن الزوج يملك من امرأته نوعى الطلاق [٤] بدعي [٥] ، وسني [٦] ، فالبدعى يملكه [٧] في عموم أوقات النكاح ، والسني يملكه في وقت [٨] [دون وقت] [٩] ، فهو قبل وقت السُّنَّة ، كما قبل وقت النكاح [١٠] السُّنَّة في جنس الطلاق .

٢٣٢٤٨ - فإن قيل : طلاق السنة إنما هو طلاق يتعلق بزمان ، فهو كمن قال : أنت طالق رأس الشهر أن ذلك على وجود الوقت [١١] ، ولو أراد أن يرفع ذلك الطلاق في الحال ، لم يصح ، وإن كان مالكا [١٢] للطلاق .

٢٣٢٤٩ - قلنا : الطلاق المعلق برأس الشهر ، هو الذي يُمَلَّكُ في الحال ، وإنما أصله : طلاق السنة ، وليس كذلك ، بل هو طلاق البدعة ، وهما نوعان مختلفان

---

(١) في (ن) ، (ع) : [أو ملكه] . (٢) انظر : المبسوط (٩٨،٩٧/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٦) . وقد رد الشيرازي هذا بأن ولاية عقد الطلاق سبق النكاح فلم يصح كما لو لم يضف إلى الملك . انظر : النكت ورقة ٢١٦ . (٤) في (ن) : [الطلاق] .

(٥) الطلاق البدعى نوعان : نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد ، أما الذي يرجع إلى الوقت فنوعان أيضًا ، أحدهما : الطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض ، إذا كانت مدخولا بها ، حرة كانت أو أمة ، والثاني : الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء ، في طهر جامعها فيه ، وأما الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه ، سواء كان على الجمع بأن أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفاريق واحدا بعد واحد بعد أن كان الكل في طهر واحد . انظر : تحفة الفقهاء (٢٥٣،٢٥٢/٢) ، بدائع الصنائع (٩٤،٩٣/٣) ، مجمع الأنهر (٣٨٣،٣٨٢/١) .

(٦) الطلاق السني نوعان : سنة من حيث العدد ، وسنة من حيث الوقت ، أما السنة من حيث العدد فهو نوعان : حسن وأحسن ، فالأحسن أن يطلقها واحدة في وقت السُّنَّة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، والحسن أن يطلقها ثلاثًا في ثلاثة أطهار عند كل طهر واحدة ، وأما السنة من حيث الوقت فهو معتبر في حق المدخول بها ، وذلك أن يطلقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها . انظر : المبسوط (٦/ص٣-٧) تحفة الفقهاء (٢٥٢،٢٥١/٢) .

(٧) في (ع) : [يملك] . (٨) في (ن) ، (ع) : [في كل وقت] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [كما قبل وقت السنة النكاح] ، وفي غيرهما بحذف كلمتي : « وقت » ، « السُّنَّة » .

(١١) في (ن) ، (ع) : [الشرط] . (١٢) في (ن) ، (ع) : [مالكها] .

بدلالة إباحة أحدهما ، وحظر [١] الآخر [٢] .

٢٣٢٥٠ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [٣] .

٢٣٢٥١ - و [٤] ثم للتراخي اقتضى ذلك تأجيل الطلاق عن النكاح [٥] .

٢٣٢٥٢ - [والجواب : أنه لا دلالة في الآية ، لأنها تدل على وقوع الطلاق بعد النكاح] [٦] ، ولا يبقى غير ذلك .

٢٣٢٥٣ - فإن قيل : إذا من حروف الشرط ، والحكم المتعلق بالشرط ، يدل على نفى ما عداه [٧] .

٢٣٢٥٤ - قلنا : هذا غلط ، لأن الحكم المتعلق بالشرط في قوله تعالى : ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ الآية [٨] بعد الفاء ، وجواب الشرط ما جاء بعد الفاء ، وقوله : ﴿ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ [٩] تمام الشرط ، فلا يكون متعلقا به حتى يعتبر به دليله .

٢٣٢٥٥ - ولأن الآية دلالة لنا ، لأنها تقتضي وقوع الطلاق إذا تقدمه نكاح ، والطلاق إنما يكون عند وجود الشرط ، وما قبل ذلك هو عائد على الطلاق ، فليس بمطلق .

٢٣٢٥٦ - والدليل على اعتبار حال الإضافة أنه إذا قال لزوجته : إذا بنتي مني انقضت عدتك ، فأنت طالق لم يقع بهذا القول شيء ، فقوله مطلق عند الشرط وليس بمطلق عند العقد [وإلا] [١٠] لوقع عليها الطلاق .

٢٣٢٥٧ - فإن قيل : لو قال لامرأته : إذا جاء غد [١١] فأنت طالق . ثم قال لعبده :

---

(١) في (ن) : [حطر] .

(٢) انظر : المبسوط (٩٨،٩٧/٦) ، بدائع الصنائع (٩٤،٩٣/٣) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : النكت ورقة ٢١٦ ، شرح منتهى الإرادات (١٥٣،١٥٢/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) هذا استدلال للمخالف بالآية المذكورة سابقة بأن إذا للشرط ويكون المعنى حينئذ : أن وقوع الطلاق مشروط بوجود النكاح والحكم المتعلق بالشرط ينفي ما عداه . انظر : النكت ورقة ٢١٦ .

(٨) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ . (٩) الآية السابقة .

(١٠) زيادة لإقامة المعنى .

(١١) في (ن) ، (ع) : [غد] ، وفي غيرهما : « غدا » .

إن طُلِّقَتْ امرأتي فأنت حر ، فجاء غد [(١)] ، لم يعتق عبده ، وطلقت امرأته في الغد باليمين ، فدل على أنه مطلق عند العقد لا عند الشرط .

٢٣٢٥٨ - قلنا : هو مطلق عند وجود الصفة ، لا عند اليمين [لأن اليمين مخصوصة عندنا بما يمكن الامتناع منه [(٢)] ، لأن الناس يمنعون أنفسهم بما يمكنهم الامتناع منه ، ومالا يمكنهم الامتناع منه ، يمنعون باليمين] [(٣)] ، ولهذا لو حلف لا يركب ، وهو راكب ، فنزل في الحال لم يحنث ، وإن وجد جزء من الركوب ، لأن ما [(٤)] لا يمكن الاحتراز منه مختص [(٥)] من اليمين [(٦)] .

٢٣٢٥٩ - احتجوا [(٧)] : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : لا طلاق قبل نكاح [(٨)] .

٢٣٢٦٠ - قلنا : ذكر على بن المدينى [(٩)] في كتاب الضعفاء [(١٠)] : أنه لم يصح في هذا خبر عن النبى ﷺ [(١١)] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [غد] ، وفي غيرهما : « غدا » . ومعنى المسألة أن تطليق امرأته حدث بعبارة سابقة على تعليق عتق العبد ، وإنما يعتق إذا كان سيستأنف إحداث الطلاق .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (٢١٧/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(٥) في (م) : [مجص] وفي (ن) [محض] .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ٣٠٨ .

(٧) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٦ ، بداية المجتهد (١٠٤/٢) ، المبدع (٣٢٤/٧، ٣٢٥) مغني المحتاج (٢٩٢/٣) ، نهاية المحتاج (٤٥٠/٦) .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه ، باب لا طلاق قبل نكاح (٦٦٠/١) ، وتلخيص الحبير (٢١٢/٣) وسنن أبي داود (٦٤٠/٢، ٦٤١) ، الترمذي في جامعه (٤٨٦/٣) .

(٩) الحافظ على بن عبد الله بن جعفر .... السعدي روى عن أبيه ، وحماد بن زيد ، وابن عيينة ويحيى بن سعيد القطان وغيرهم ، وروى عنه البخاري وأبو داود وأحمد بن حنبل وأبو يعلى وغيرهم . قال عبد الرحمن بن مهدى : على بن المدينى أعلم الناس بحديث رسول الله ﷺ صنف التصانيف منها كتاب الضعفاء ، معرفة علل الحديث ، مات سنة ٢٣٤هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٤٩/٧-٣٥٧) ، لسان الميزان (١٣٨/٣-١٤١) تذهيب تهذيب الكمال (٢٥١/٢-٢٥٢) .

(١٠) لعلى بن المديني كتاب في الضعفاء ذكره له الحاكم النيسابوري في معرفة علوم الحديث ، ووصفه بأنه في عشرة أجزاء ، وذكره له ابن النديم في الفهرست . انظر : علوم الحديث للحاكم النيسابوري ص ٧١ ، الفهرست لابن النديم ص ٢٨٦ تحقيق رضا تجدد .

(١١) قال الشوكاني في نيل الأوطار : ولا يخفى عليك أن مثل هذه الروايات التي سقناها في الباب من طريق أولئك الجماعة من الصحابة مما لا يشك منصف أنها صالحة بمجموعها للاحتجاج . نيل الأوطار (٢٤١/٦) =

٢٣٢٦١ – وقد رواه « ابن أبي شيبة » (١) عن وكيع (٢) عن ابن أبي « ذئب » (٣) عن عطاء ، ومحمد بن المنكدر (٤) ، عن جابر يرفعه (٥) .

٢٣٢٦٢ – قال ابن أبي شيبة : هكذا رواه وكيع [وليس له أصل (٦) . ورواه إبراهيم بن الوليد (٧) ، عن ابن أبي شيبة] (٨) ، عن وكيع ، عن سفيان ، عن محمد بن المنكدر ، عمن سمع النبي ﷺ [يقول : لا طلاق إلا بعد نكاح] (٩) [وروى ابن جريج (١٠) ،

= وقد سبق أن نقلنا عن الحافظ ابن حجر في التلخيص أن إسناد ابن ماجه إسناد حسن .

(١) في (م) : [يسير] .

(٢) وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي الكوفي روى عن عكرمة ، والأوزاعي ومالك وغيرهم وروى عنه سفيان الثوري وأحمد بن حنبل والحميدى والقضبي وغيرهم ، قال أحمد بن حنبل : ما رأيت مثل وكيع في الحفظ والإسناد . مات سنة ١٩٦هـ انظر : تهذيب التهذيب (١١/١٢٣-١٣١) ، الثقات (٧/٢٢٨) ، – الجرح والتعديل (٩/٢٤٩) .

(٣) في (م) : [دئب] . هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة . . . بن أبي ذئب . روى عن عكرمة ، ونافع ، والزهري ومحمد بن المنكدر وغيرهم ، وروى عنه الثوري ومعمر وسعد بن إبراهيم ويحيى بن سعيد ومعن بن عيسى وغيرهم . قال النسائي : ثقة مات سنة (١٥٨) هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٩/٣٠٣-٣٠٧) . الثقات لابن حيان (٧/٣٩٠-٣٩١) ، رجال صحيح مسلم (٢/١٩١) .

(٤) هو محمد بن المنكدر بن عبد الله . . . بن عامر القرشي روي عن أبي هريرة وعائشة وأبي قتادة وأنس وجابر وغيرهم ، وروى عنه عثمان بن حكم وسفيان بن عيينة – – – ومالك وغيرهم ، قال ابن معين وأبو حاتم : ثقة . مات سنة (١٣٠) هـ انظر : الكاشف (٣/٨٨) ، الثقات للعجلى (٢/٢٥٥) ، تهذيب التهذيب (٩/٤٧٣-٤٧٥) ، تقريب التهذيب (٢/٢١٠) .

(٥) انظر : المصنف (٥ /١٦) لابن أبي شيبة . إلا أن الملاحظ هنا أن الحديث عند ابن أبي شيبة موقوف على جابر وليس مرفوعًا كما ذكر المصنف .

(٦) أورد ابن أبي شيبة هذا الحديث في باب الطلاق ، وفي كتاب الرد على أبي حنيفة ولم يتكلم عليه بصحة أو ضعف كما هي عادته . المصنف (٥/١٦،١٤/٢٢٤) .

(٧) هو إبراهيم بن الوليد بن أيوب . . . . الجشاشي روى عن عبد الله بن صالح وإسماعيل بن أبي أويس ، وشيبان بن فروح وغيرهم وعنه الحسن بن يحيى ومحمد بن عمرو ، وعبد الله بن عيسى وغيرهم . قال الدارقطني ثقة . مات سنة ٢٧٢ هـ انظر : تاريخ بغداد (٦/١٩٩-٢٠٠) ، تبصير المنتبه (١/٣٣٧) ، المشتبه ١٦٤ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ابن أبي شيبة في المصنف (٥/١٦) .

(١٠) عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج المكي روى عن عطاء والزهري ومحمد بن المنكدر وابن وهب وغيرهم وعنه الأوزاعى والليث ويحيى بن سعيد والقطان وغيرهم . قال العجلى مكي ثقة مات سنة (١٥٠) هـ انظر : في =

ومحمد بن إسحاق (١) ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ] (٢) قال : « لا طلاق إلا فيما يملكون ، ولا نذر في معصية » (٣) . ، وروى ابن جريج عن عمرو بن شعيب ، عن طاووس (٤) ، عن معاذ ، قال : قال النبي ﷺ : لا طلاق قبل نكاح ، ولا نذر فيما لا يملك (٥) .

٢٣٢٦٣ - وطاووس لم يسمع من في معاذ (٦) ، وروى الرمادي (٧) قال : حدثنا معلى بن منصور (٨) قال : حدثنا أبو بكر بن عياش (٩) عن حرام (١٠) بن عثمان ، عن ابن جابر ، عن أبيه قال : قال قال رسول الله ﷺ لا طلاق قبل نكاح (١١) .

٢٣٢٦٤ - قال ابن المديني : حديث حرام قال يعقوب بن أبي شيبة (١٢) : في حديث

= الثقات لابن حبان (٩٤،٩٣/٧) تهذيب التهذيب (٤٠٢/٦-٤٠٦) ، الجرح والتعديل (٣٥٦/٥-٣٥٨) .

(١) محمد بن إسحاق بن يسار . . . بن خيار روى عن الأعرج والزهري ومكحول وعكرمة وغيرهم وروى عنه يحي بن سعيد القطان ، وشعبة والثوري وزهير بن معاوية وغيرهم ، قال العجلى : مدني ثقة . انظر : تهذيب التهذيب) (٣٨/٩-٤٦) ، لسان الميزان (٣٥١/٧-٣٥٢) ، طبقات الحفاظ للسيوطى (٧٦،٧٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٣) الإمام أحمد في المسند (٢٠٧/٢) .

(٤) طاووس بن عتبة بن طاووس بن كيسان . روى عن زيد بن ثابت وأبي هريرة ، وزيد بن أرقم وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه الزهري وإبراهيم بن ميسرة وأبو الزبير المكي وغيرهم . قال أبو زرعة : ثقة . مات سنة (١٠٦) هـ وصلى عليه هشام بن عبد الملك الخليفة . انظر : الجرح والتعديل (٥٠٠/٤،٥٠١) ، الثقات لابن حبان (٣٢٩/٨) ، تذكرة الحفاظ (١/ ٩٠،٩٢) .

(٥) سبق تخريجه . (٦) انظر : مجمع الزوائد (٣٣٤/٤) .

(٧) في (م) ، (ن) : [الريادي] . أحمد بن منصور بن يسار . . . . المعروف بالرمادي روى عن إبراهيم بن الحكم وزيد بن الحباب وعبد الرزاق بن همام وحرملة بن يحيى وغيرهم وروى عنه ابن ماجه وعبد الرحمن بن أبي حاتم ومحمد بن عقيل والمحاملى وغيرهم . قال الدارقطني : ثقة . مات سنة ٢٦٥ هـ انظر : تهذيب الكمال (٤٩٢/١-٤٩٥) - الجرح والتعديل (٧٨/٢) ، ميزان الاعتدال (١٥٨/١) ، الثقات لابن حيان(٤١/٨) .

(٨) معلى بن منصور أبو يعلي الرازى ، روى عن مالك وليث بن سعد وشريك وأبو بكر بن عياش وغيرهم، وروى عنه أحمد بن منصور الرمادي وعباس الدوري والحسن بن مكرم وغيرهم . قال عثمان بن سعيد : سألت يحيى بن معين عن المعلى بن منصور ، فقال : ثقة . مات سنة (٢١١) هـ انظر : الجرح والتعديل (٣٣٤/٨،٣٣٥) خلاصة تهذيب الكمال (٤٦/٣) ، الثقات لابن حبان (١٨٢/٩) ، تهذيب الكمال (٢٩١/٢٨،٢٩٧) .

(٩) في (ن) : [عياس] . (١٠) في (ن) : [خرام] .

(١١) عند الخطيب البغدادى في تاريخ بغداد (٤٥٥/٩) وفيه حرام بن عثمان ضعيف .

(١٢) « عثمان » في جميع النسخ بدلًا من يعقوب ، ويعقوب بن شيبة بن الصلت بن عصفور ولد سنة ١٨٠ هـ روى عن علي بن عاصم وروح بن عبادة وحجاج بن منهال ووهب بن جريرة وغيرهم وعنه حفيده محمد =

على ، عن النبي - ﷺ قال : لا طلاق قبل نكاح . رواه طاووس [واختلف عنه فيه ، فرواه عثمان بن أبي شيبة (١) ، عن ابن طاووس] (٢) عن أبيه عن على ﷺ وطاووس لم يسمع من عليٍّ شيئًا ، ورواه ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ ، ولم يسمع ابن جريج هذا الحديث عن عمرو بن شعيب ، ولا سمع (٣) من معاذ (٤) ، ورواه على بن المنكدر ، عن طاووس ، عن النبي ﷺ ولم يذكر فيه عليا ، ولا معاذا ، واختلف عن (٥) ابن المنكدر ، فقال : الثوري ، عن ابن المنكدر ، عمن سمع طاووسا عن النبي ﷺ ، ورواه (٦) ابن ذئب والفضل (٧) الرقاشي (٨) ، فقالا : عن أبي المنكدر ، عن طاووس (٩) عن النبي ﷺ ولم يذكروا فيه عليا ولا معاذا قال ابن أبي شيبة : والحديث حديث سفيان الذي قدمناه . قال : وروى « جويبر » (١٠) عن الضحاك ، عن النزال بن سبرة (١١) ، عن على ، وجويبر

= ابن أحمد بن يعقوب ويوسف بن يعقوب الأزرق وغيرهم . قال أبو بكر الخطيب : ثقة ، وكان من كبار علماء الحديث له دنيا واسعة وتجمُّل . مات سنة (٢٦٢) هـ انظر : في تذكرة الحفاظ (٢/٥٧٧-٥٧٨) ، سير أعلام النبلاء (١٢/٤٧٦-٤٧٩) - تاريخ بغداد (١٤/٢٨١-٢٨٣)- طبقات السيوطي ٢٥٤ .

(١) عثمان بن محمد بن أبي شيبة روى عن هشيم ووكيع والقاسم بن مالك وجرير بن عبد الحميد وعلى بن مسهر وخلق كثير وروى عنه الجماعة سوى الترمذي والنسائي وأبو زرعة وغيرهم . قال يحيى بن معين : ثقة . مات سنة (٢٣٩) هـ انظر : الثقات لابن حيان (٨/٤٥٤) الجرح والتعديل (٦/١٦٦-١٦٧) ، تهذيب التهذيب (٧/١٤٩-١٥١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . عبد الله بن طاووس اليماني أبو محمد روى عن أبيه وعطاء وعكرمة بن خالد وروى عنه ابن جريج ومعمر وغيرهم قال أبو حاتم والنسائي : ثقة . مات سنة (١٦٢) هـ انظر : الكاشف (٢/٨٨) ، الجرح والتعديل (٥/٨٨-٨٩) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢/٦٨) .

(٣) في (ن) : [يسمع] .

(٤) في (ن) [بن] .

(٥) في (ن) ، (ع) على .

(٦) ساقطة من : (ن) .

(٧) في (ن) : [الفصل] .

(٨) الفضل بن عيسى بن أبان الرقاشي روى عن أنس ومحمد بن المنكدر والحسن البصري وغيرهم ، وعنه المعتمر بن سليمان وأبو عاصم العباد والحكم بن عباد وآخرون . قال أبو حاتم : منكر الحديث في حديثه بعض الوهن ، ليس بقوى . انظر : تهذيب التهذيب (٨/٢٨٣-٢٨٤) ، المغني في الضعفاء (٢/٥١٢) ، الجرح والتعديل (٧/٦٤) .

(٩) ساقطة من (ن) .

(١٠) جويبر بن سعيد الأزدى أبو القاسم البلخى روى عن الضحاك أشياء مقلوبة روى عن مروان بن معاوية ، ومحمد بن يزيد قال ابن حجر ضعيف جدًا مات بعد الأربعين انظر : في التاريخ الكبير (١/٢٥٧) ، تقريب التهذيب (١/١٣٦) ، الضعفاء والمتروكين للنسائي (٣/١٤٨) .

(١١) النزال بن سبرة الهلالي روى عن أبي بكر وعثمان وعلى وغيرهم ، وروى عنه الشعبي والضحاك وغيرهم . قال يحيى بن معين النزال بن سبرة : ثقة لا يسأل عنه . انظر : تهذيب التهذيب (١٠/٣٧٨) ، =

ضعيف الحديث (١) . قال : ورواه ليث (٢) بن أبي سليم (٣) ، عن عبد الملك بن ميسرة (٤) ، عن النزال (٥) بن سبرة ، عن علي ، وليث بن أبي سليم ، ضعيف (٦) ورواه الحسن عن علي ، ولم يسمع الحسن من علي شيئا (٧) قال : يحي بن سعيد القطان (٨) : حديث جويبر بحديث الضحاك ، عن النزال بن سبره عن علي قال : لا طلاق إلا بعد نكاح (٩) . قال الطحاوي : طالبناهم بتصحيح ما رووا من ذلك ، فلم يأتوا بشئ [مما ثبت] (١٠) من جهة الأسانيد (١١) و (١٢) لو ثبت الخبر ، اقتضى نفى الطلاق قبل النكاح . وعندنا إنما عقد الطلاق قبل النكاح ،

= الكاشف (١٧٦/٣) ، الجرح والتعديل (١٩٨/٨) .

(١) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٧٣ . (٢) في (ن) ، (ع) : [لينبن] .

(٣) ليث بن أبي سليم بن زنيم . . . . الكوفي ولد بالكوفة ، روى عن مجاهد وطاووس وابن سيرين وغيرهم وروى عنه النووي وأهل الكوفة قال أبو زرعة وأبو حاتم لا يشتغل به ، وهو مضطرب . مات سنة (١٤٣) هـ انظر : في ميزان الاعتدال (٤٢٠/٣-٤٢٣) ، التاريخ الكبير (٢٤٦/٧) ، المجروحين (٢٣١/٢-٢٣٤) ، الضعفاء والمتروكين (٣ /٢٩) لابن الجوزى ط بيروت .

(٤) عبد الملك بن ميسرة الهلالي ، وروى عن ابن عمرو وأبي الطفيل وزيد بن وهب ، وروى عنه شعبة ومسعر ومنصور بن المعتمر وسليمان بن بلال وغيرهم . قال ابن معين وخراش : ثقة ، قال البخاري : مات في العشر الثاني من المائة الثانية . انظر : تهذيب التهذيب (٤٢٦/٦ - الكاشف (١٨٩/٢) خلاصة تهذيب الكمال (١٨١/٢) الجرح والتعديل (٣٦٥/٥-٣٦٦) .

(٥) في (ن) : [النزال] .

(٦) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ٢٠٩ المجروحين (٢٣١/٢) .

(٧) انظر : تهذيب الكمال (٩٥/٦) وما بعدها .

(٨) هو يحيى بن سعيد بن فروخ القطان روى عن حميد الطويل وعكرمة وهشام بن عروة ، والأعمش ومالك وغيرهم ، وروى عنه على بن المدينى ويحيى بن معين وشعبة وغيرهم . قال أبو زرعة : كان من الثقات الحفاظ . مات سنة ١٩٨ هـ انظر : الثقات لابن حيان (٦١١/٧-٦١٢) تذكرة الحفاظ (٢٩٨/١-٣٠٠) تهذيب التهذيب (٢١٦/١١-٢٢٠) الجرح والتعديل (١٥٠/٩-١٥١) .

(٩) لعل هذا الكلام في المسند الكبير ليعقوب بن شيبة في مسنده ، واسمه : المسند الكبير المعلل ولم يصل إلينا منه إلا الجزء العاشر بعنوان مسند أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وذلك في المكتبة الخاصة بسامي حداد في بيروت ٢٥ ورقة ومنه نسخة مصورة بالقاهرة ملحق (٦٠/٣،٦١) تحت رقم ١٩٠٦٠ (ن) . انظر : تاريخ التراث العربي (٢٧٩/١) تأليف فؤاد سزكين .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) روى الطبراني في المعجم الصغير عن عبد الله بن أبي أحمد قال : قال علي بن أبي طالب ﷺ : حفظت لكم من رسول الله ﷺ : لا طلاق إلا من بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك ولا وفاء لنذر في معصية ولا يُتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل ولا وصال في الصيام . انظر : المعجم الصغير (١٦٩/١) .

(١٢) ساقط من (م) .

ولم يطلق قبله ، وإنما طلق [1] بعده ، ولم ينف ﷺ العقد ، وإنما نفى الطلاق [2] .

٢٣٢٦٥ - يبين ذلك أنه كما نفى الطلاق قبل النكاح نفى النذر قبل الملك ، فقال في الخبر : ولا نذر فيما لا يملك ولم يرد به [3] عقد النذر ، وإنما أراد به انعقاد النذر [4] ، ولزوم [5] إخراجه ، فعلم أن المراد في الطلاق [6] والعتاق ، الوقوع دون العقد .

٢٣٢٦٦ - ولا يقال : إن اللفظ يحتمل العقد المرفوع ، بدلالة أنه يصح أن يقترن ذلك باللفظ ، فتقول : لا طلاق معقود ، ولا واقع ، وإذا [7] احتمل اللفظ الأمرين حمل النفي على الأمرين . وذلك لأنه إذا قيس الشيء بمعنى ظاهر حمل على المعنيين بدلالة ، ثم لا يدل على أنه يحمل [8] على ذلك بإطلاق اللفظ .

٢٣٢٦٧ - ألا ترى : أن الله تعالى سمى بيع الأحرار أنفسهم بيعا ، بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم ﴾ [9].

٢٣٢٦٨ - ثم لم يجز حمل البيع في الإطلاق على ذلك . ويعنون الاستثناء [10] بالعدد في الطلاق والإقرار سقوط [11] بعضه ، وإن كان اللفظ لا يصلح لذلك إذا لم يقترن به استثناء .

٢٣٢٦٩ - فإن قيل [12] روى عبد الله بن عمر : عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن رجل قال : يوم أتزوج فلانة ، فهي طالق ، فقال : طلق مالا يملك [13]

٢٣٢٧٠ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدراقطني ، عن أبي خالد الواسطي [14] عن أبي

---

(١) في (م) : [أطلق] .

(٢) انظر : مشكل الآثار للطحاوي (١/٢٨١-٢٨٤) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [فيه] .

(٤) في (ن) : [الغدر] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [لزم] .

(٦) في (ن) : [البطلاق] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [فإذا] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [لا يحمل] .

(٩) سورة التوبة : الآية ١١١ .

(١٠) في اللغة استفعال من ثناه عن الأمر يثنيه إذا صرفه عنه . لسان العرب (٥١١/١) . وفي الاصطلاح إخراج الشيء من الشيء لولا الإخراج لوجب دخوله فيه . التعريفات ٤٥ .

(١١) في (ن) ، (ع) : [وسقط] ، وفي غيرهما : « سقط » بحذف الواو ، وقد أثبتنا المصدر فيه .

(١٢) استدلال للمخالف بهذا الحديث على عدم جواز تعليق الطلاق بالملك . انظر : النكت ورقة ٢١٦

(١٣) أخرجه الدارقطني في سننه - كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (١٦/٤) .

(١٤) هو أبو خالد الواسطي ، يقال اسمه عمرو بن خالد ، حدث عن زيد بن علي ، ضعفه أبو حاتم ، وكذبه أحمد ويحي والدارقطني ، وقال أبو زرعة : كان في جوارنا يضع الحديث ، فلما فطن له تحول إلى واسط . =

هاشم « الرماني » [١] ، عن سعيد بن جبير [٢] ، عن ابن عمر ، وأبو خالد الواسطى ، « عمرو القرشي » قال أحمد : هو كذاب [٣] ، وقد طعن الدارقطني عليه في كتابه في غير هذا الموضع حين روى عنه خبر الرعاف [٤] ، فلما روى عنه خبرا وافق مذهبه أمسك عن ذكره على عادته في التدليس [٥] لمثل ذلك .

٢٣٢٧١ – قالوا : كيف [٦] يجوز حمل الخبر على طلاق الأجنبية ، وهذا أمر[٧] لا يشكل على أحد [٨] .

٢٣٢٧٢ – قلنا : إنما صار لا يشكل لاستقرار الشرع وبيان الأحكام ، فأما قبل ذلك فكان مشكلا . يبين ذلك قوله ﷺ « لا صلاة إلا بطهور [٩] » ولا يشكل الآن على أحد أن الصلاة بغير طهارة لا تصح ، لكن عندنا بيان النبي ﷺ كان مشكلا إلى أن بينه .

= انظر : في الجرح والتعديل (٢٣٠/٦) ، لسان الميزان (٥١٩/٤) ، الضعفاء الصغير للبخاري ٨٣ ط بيروت

(١) في جميع النسخ « الرمادي » وصحته « أبو هاشم الرماني » كما هو مذكور في سنن الدارقطني (١٦/٤) . وهو يحيى بن دينار أبو هاشم الرماني الواسطى روى عن أبي العالية ومجاهد وأبي قلابة ، وعنه الثوري وشعبة وشريك وهثيم قال يحيى بن معين : ثقة مات سنة ١٧٣ هـ . انظر : الجرح والتعديل (١٤٠/٩) ، لسان الميزان (٥٨١/٤) ، الثقات (٥٩٦/٧) .

(٢) سعيد بن جبير أبو محمد ، روى عن ابن عباس وعائشة وأبو موسى الأشعري وابن عمر وأنس وغيرهم وروى عنه الحكم وحماد بن زيد وسلمة بن كهيل وسماك بن حرب وغيرهم . قال يحيى بن معين : سعيد بن جبير ثقة ، قتل سنة (٩٥) هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢١/٤-٣٤٣) الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤،٢٧٦) ، الجرح والتعديل (٢٧٥/٤،٢٧٦) .

(٣) انظر : لسان الميزان (٥١٩/٤) .

(٤) أخرجه الدارقطني – باب الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف والقيء والحجامة ونحوه – سنن الدارقطني (١٥٦/١) .

(٥) التدليس في الحديث نوعان الأول : تدليس الإسناد ، وهو أن يروى عمن لقيه ولم يسمعه منه . موهمًا أنه سمعه منه ، أو عمن عاصره ولم يلقه أنه لقيه أو سمعه منه . والثاني : تدليس الشيوخ ، وهو أن يروى عن شيخ حديثا سمعه منه فيسميه أو يكنيه ويصفه بما لم يعرف ، كي يعرف . مقدمة علوم الحديث لابن الصلاح صـ ٨١ .

(٦) ساقطة من (م) . (٧) في (ن) ، (ع) : [الأمر] .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٩٢ .

(٩) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب وجوب الطهارة للصلاة (٢٠٤/١) ، وأحمد في مسنده (٥٧/٢) ، والدارقطني في سننه باب ذكر وجوب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد واختلاف الروايات (٣٥٥/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب من أحدث في صلاته قبل الإحلال منها بالتسليم بنحوه (٢٥٥/٢) .

٢٣٢٧٣ - وقد قال الزهري [(١)] : إن الجاهلية كانت إذا خطب [(٢)] الرجل امرأة فيمنع منها قال : هي طالق ثلاثًا إنه ينوى بذلك تحريمها ، فبين النبى ﷺ بطلان هذا الاعتقاد بهذا الخبر [(٣)] على أن هذا الخبر فيه بيان لحكم يجوز أن يشكل ، وهو الرجل إذا تزوج اليوم امرأة ، ثم قال لها : أنت طالق أمس [(٤)] . لم يقع طلاقه عليها ، لأنه طلاق قبل النكاح [(٥)] ، وهذا حكم مفهوم بهذا الخبر ، وهو مما يشكل [(٦)] لولاه .

٢٣٢٧٤ - قالوا : هذا الخبر خرج على سبب ، وهو أن [(٧)] ابن عمر خطب [(٨)] امرأة ، فأغلوا في مهرها ، فقال : إن نكحتها فهي طالق . فسئل النبي ﷺ عن ذلك ، فقال : لا طلاق قبل النكاح [(٩)] .

٢٣٢٧٥ - قلنا : هذا لا يعرف ، ولا خرج الخبر على [(١٠)] هذا السبب ، ولم يذكر هذه القصة معتمد ، ولا غير معتمد ، ولم ينقلها الدارقطني مع جمعه كل محتطب ، فكيف يسوغ الكلام على هذا ، ودعواه ،

٢٣٢٧٦ - ثم يجوز أن يكون القوم ظنوا أن هذا تحريم العقد ، فأخبر ﷺ أن الطلاق لم يقع ، ليس أن العقد لا يحرم بهذا القول / ، وإنما ينعقد بالطلاق [(١١)] . ٢٦١/أ

٢٣٢٧٧ - قالوا : لا يملك الطلاق المباشر ، فلا يملك تعليق الطلاق بصفة [(١٢)] ، كالصبي ، والمجنون .

---

(١) محمد بن مسلم بن عبد الله بن كلاب الزهري روى عن ابن عمر وسهل بن سعد وأنس بن مالك وغيرهم ، وروى عنه عقيل ويونس والزبيدى ومعمر وشعيب وغيرهم . قال الليث ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري مات في رمضان سنة (١٢٤) هـ انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١-١١٣) الثقات لابن حبان (٣٤٩/٥-٣٥٠) سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥٧/٢) .

(٢) في (م) : [حطب] .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٣) . قال في فتح الباري وما ادعاه من التأويل ترده الآثار الصريحة عن سعيد بن المسيب وغيره من مشايخ الزهري في أنهم أرادوا عدم وقوع الطلاق عمن قال : « إن تزوجت فلانة فهي طالق سواء خصص أم عمم أنه لا يقع » (٣١٨/٩) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : الهداية (٢٣٤/١) ، تبيين الحقائق (٢٠٥/٢) ، فتح القدير (٤٢٢/٤) .

(٦) في (ن) : [شكل] .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [حطب] .

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٢ .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [عن] .

(١١) انظر : المبسوط (٩٨/٦) .

(١٢) في (ع) : [بصفة] .

٢٣٢٧٨ – وربما قالوا : لا يملك الطلاق المعجل فلا يملك المؤجل [١] .

٢٣٢٧٩ – قلنا : يبطل بالمرتد ، لا يملك الطلاق عقيب الردة منجزا [٢] ، لأنه يقف عندهم ، ولو قال : إن أسلمت ، فأنت طالق انعقدت يمينه [٣] .

٢٣٢٨٠ – فإن قيل : لا فرق بينهما ، لأن طلاقه واقف عليه ، فإن أسلم بينا أنه وقع ، وإن لم [تسلم] بينا أنه لم ينعقد .

٢٣٢٨١ – قلنا : إذا وقع وقف فهو لا يملك المنجز ، فإذا عقد انعقد [٤] ، وإن أسلم وقع ، وإن لم يسلم لم يبين أنه لم ينعقد ، لكن الشرط الذي علق به الطلاق [لم يوجد] [٥] ، فلم يقع الطلاق لفقد الشرط ، ويبطل بالعقد إذا كانت عنده أمة لا يملك [٦] منها [٧] التطليقة الثالثة ، ولو قال لها : إن أعتقت ، فأنت طالق ثلاثًا . صح عقده وينعكس [٨] بالزوجة الحائض لا يملك أن يباشر منها طلاق السنة ، ولو علق على طلاق السنة فقال : إذا طهرت فأنت طالق . صح ، ووقع [٩] وينعكس [١٠] بالنذر فإنه لو [١١] أوجب في ملك الغير لم يلزم ، لو أضاف النذر إلى ملكه انعقد [١٢] ولا يقال : لـمّا لم يملك المنجز منه لم يملك المؤجل .

٢٣٢٨٢ – وقولهم إنما لم يصح نذره منجزا [١٣] ، لأنه نذر المعصية ، وهذا لا يوجد في المطلق غلط ، لأنا بينا الفرق بين الموضعين ، فذكروا علة الفرق ، وهذا لا يمنع افتراق الأمرين ، ثم المعنى في الصبي ، والمجنون ، أنهما لا يملكان الإيقاع في الملك ، فلا يملكان التعليق [١٤] ، ولما كان [١٥] المالك [١٦] المكلف يملك [١٧] مباشرة الإيقاع في ملكه ملك [١٨] أن يضيف إلى الملك .

---

(١) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٦ ، الشرح الكبير (٣٨٠/٨) ، الكافي (٨٣٥/٢) .

(٢) في (م) : [متحيرًا] .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٤٢ .

(٤) في (م) : [بعقد] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) في (ن) : [تملك] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) في (م) : [ونكس] .

(٩) انظر : المبسوط (١٠٢/٦) .

(١٠) في (م) : [ينكس] .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٩٠/٥) .

(١٣) في (م) : [نحرًا] ، وفي (ن) : [منحرا] .

(١٤) انظر : المبسوط (٩٧/٦) .

(١٥) في (م) : [ملك] .

(١٦) ساقطة من (م) .

(١٧) في (ن) ، (ع) : [ملك] .

(١٨) ساقطة من (ع) .

٢٣٢٨٣ – قالوا : عقد طلاقا بصفة في غير ملك ، فصار كما لو قال لأجنبية : إن دخلت الدار ، فأنت طالق [١] .

٢٣٢٨٤ – قلنا : المعنى فيه أنه لم يعقد اليمين في ملك ، ولا أضافه إلى ملك ، وفرق بينهما . ألا ترى : أنه لو أطلق النذر [٢] في ملك صح ، ولو أضافه إلى الملك ، وهو غير مالك ، صح ولو نذر في غير ملك ، ولم يضف إلى ملك لم يصح [٣] ، ثم لا يعتبر أحد الأمرين بالآخر ، كذلك هذا .

٢٣٢٨٥ – قالوا : كل طلاق نافاه الجنون والصغر نافاه عدم الملك ، كالمباشر [٤] .

٢٣٢٨٦ – قلنا : عدم الملك ينافي الطلاق عندنا ، وإنما لا ينفى عقده [٥] إذا أضيف إلى الملك [٦] ، كما أن الصغر والجنون [٧] ينفى النذر ، وينفى [عدم الملك] [٨] ، ولا ينفى عدم الملك عند [٩] النذر [١٠] .

٢٣٢٨٧ – قالوا : أحد شرطي الطلاق [لم ينعقد في غير الملك ، فلم ينعقد إذا أضيف إلى الملك [١١] .

٢٣٢٨٨ – قلنا] : [١٢] « وليس » [١٣] إذا لم بنفذ الشيء في [غير الملك] [١٤] لم ينعقد إذا أضافه إلى الملك ، كما أن النذر لا ينفذ [١٥] فيما لا [١٦] يملك ، وينعقد فيه مضافا [١٧] ، وكما أن الحيض ينفى وقوع طلاق السنة ، ولا ينفى العقد عليه إذا أضافه إلى وقت السنة [١٨] .

٢٣٢٨٩ – قالوا : لا يملك الطلاق بعوض ، ولا يملكه بغير عوض كالصبي ،

---

(١) انظر : الشرح الكبير (٣٨٠/٨) . الحاوي الكبير ورقة ١٩٣

(٢) في (ن) [الندر] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٨١/٥، ٩٠) .

(٤) انظر : الشرح الكبير (٣٨٠/٨) ،الحاوي الكبير ورقة ١٩٣ .

(٥) في (ن) [عنده] .

(٦) انظر : المبسوط (٩٧/٦-٩٩) ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٧) في (ن) [عنده] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (ع) [عندنا] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٨١/٥، ٩٠) .

(١١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٣) في (م) [وليس] .

(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٥) في (ع) [ينعقد] .

(١٦) في (ع) [لم] .

(١٧) ساقطة من (م) .

(١٨) انظر : المبسوط (٩٨/٦) .

والمجنون (١) .

٢٣٢٩٠ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه لا يملك الطلاق بعوض ، ولا بغير عوض ، وإنما يملك العقد على الطلاق بعوض ، وبغير عوض ، لأنه لو (٢) قال لأجنبية : إن تزوجتك فأعطيتيني ألفًا ، فأنت طالق . صح العقد (٣) ، ولا فرق بينهما .

٢٣٢٩١ - قالوا : الطلاق ينفي النكاح ، فلو أضيف إلى النكاح انعقد العقد مع وجود ما ينافيه ، وربما قالوا (٤) : ينعقد غير موجب للإباحة (٥) .

٢٣٢٩٢ - قلنا : لا ينعقد عندنا مع ما ينافيه ، لأن النكاح يقع (٦) ثم يتعقبه الطلاق ، فهو كشري (٧) ذي الرحم ، لأن العتق [يتعقب الملك .

٢٣٢٩٣ - ولا يقال إن العقد انعقد مع وجود ما ينافيه وقولهم في النكاح] (٨) ينعقد غير موجب للإباحة غلط ، بل هو موجب للإباحة وإن زالت بالطلاق كمن (٩) قال للمطلقة الرجعية : إن راجعتك فأنت طالق اثنتين . فراجعها (١٠) صحت الرجعة ، وإن كانت البينونة تعقبها (١١) ، ثم لم يجز أن يقال : كيف تصح الرجعة موجبة للإباحة .

٢٣٢٩٤ - قالوا : الطلاق حل عقد ، فلا يضاف إلى العقد ، كالإقالة [لا يصح تعليقها بشرط مع وجوب الملك] (١٢) .

٢٣٢٩٥ - قلنا : الإقالة لم تصح ، كذلك إذا عقد الإقالة قبل الملك . وفي مسألتنا يجوز تعليق الطلاق بشرط في الملك ، فجاز أن يضيفه إلى الملك .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٢ .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٩٧/٦) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٩٣ .
(٦) في (م) : [يتبع] .
(٧) في (م) ، (ن) : [كسري] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٩) في (م) : [فمن] .
(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١١) انظر : البناية (٥٩٩/٤) .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٣ .

إذا علق الطلاق على صفة ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة

٢٣٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها ، ثم تزوجها فدخلت الدار ، يقع [١] عليها الطلاق [٢] .

٢٣٢٩٧ - وقال الشافعي : لا يقع وهذا مبنى على أصلنا : أن عدم الملك لا يمنع عقد اليمين ، والابتداء أضعف ، والبقاء أقوى ، فإذا لم ينف عدم الملك ابتداء اليمين ، فلأن لا يمنع بقاء أولى .

٢٣٢٩٨ - ولأن اليمين « عندنا » [٣] في الملك ، والشرط وجد في الملك ، فوجب أن يقع الطلاق الذي عقد عليه اليمين . أصله : إذا لم يطلقها فيما بين اليمين والشرط .

٢٣٢٩٩ - ولا يلزم إذا طلقها ثلاثًا ، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم دخلت الدار [٤] ، لأنا قلنا : فوجب أن يقع الطلاق الذي عقد عليه اليمين ، وهناك قد بطل الطلاق الذي عقد عليه اليمين ، لأنه عقد على ما كان استفاده [بالنكاح وقد استوفى ذلك ، ولأنه عقد اليمين في الملك ووجد الشرط في الملك فزال] [٥] ملكه عن الإيقاع ، وفي خلال

---

(١) في (ن) ، (ع) : [يقع] . (٢) انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٣) قال في المهذب إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه أقوال : أحدها لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني وهو اختيار المزني لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار والثاني أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو صحيح لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللهما بينونة ، والثالث أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وإن بانت بالثلاث لم تعد لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك وبما دون الثلاث تنقطع علائق الملك » انظر : المهذب (٩٩/٢) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ . في (م) : [عندها] .

(٤) إن قال لها أنت طالق ثلاثًا إن دخلت الدار ثم طلقها ثلاثًا ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم تطلق خلافًا لزفر لأن التعليق في الملك قد صح والشرط وجد في الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار انظر : المبسوط (٩٣/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٧/٣، ١٢٨) » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب ص ومستدرك في الهامش .

ذلك [لا يمنع وقوع الطلاق ، كما لو جن في ذلك] (١) .

٢٣٣٠٠ - احتجوا : بأن البينونة وجدت بعد اليمين فصار كما لو طلقها ثلاثًا ثم تزوجها (٢) .

٢٣٣٠١ - قلنا : هناك استوفى الطلاق المعقود عليه ، فبطل العقد والمعقود عليه ، وفي مسألتنا بحاله ، فجاز أن يبقى العقد (٣) بحاله .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة (٢١٦، ٢١٧) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [العدة] .

فهرس المجلد التاسع

الموضوع	الصفحة

كتاب النكاح

كتاب الصداق

مسائل القسم [١١٠٩ - ١١١٢]

كتاب الخلع

* * *

تعليم القرآن هل يكون مهرًا

٢٢٥٩٤ – قال أصحابنا : تعليم القرآن لا يكون [1] مهرًا ، ولا يصح المعاوضة عليه [2] .

---

(١) تعليم القرآن لا يكون مهرًا فيما ذهب إليه أبو حنيفة ، ومالك ورواية عن الإمام أحمد فإن تزوجها على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر مثلها . انظر : شرح معاني الآثار (١٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٧٧/٢) ، الهداية (٢٠٧/١) بلغة السالك لأقرب المسالك (٤١٦/١ ، ٤١٧) لأحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير ، شرح منح الجليل (١٢١/٢ للخطاب ط مع الشرح (٨/٨) ، المبدع (١٣٥/٧) . وذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية وهو قول أصبغ من المالكية وابن حزم إلى جواز أن يكون تعليم القرآن مهرًا . انظر : الأم (٦٤/٥) المهذب (٥٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٥/٢) ، المحلى (١٠٤/١١) .

(٢) اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين : المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة وهو المنصوص عن أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس إلى عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن . انظر : شرح معاني الآثار (١٩/٣) ، بدائع الصنائع (١٩١/٤) ، المغني (٥٥٥/٥) . المذهب الثاني : ذهب الإمام مالك والشافعي ، وهو رواية عن أحمد وعليه متأخرو الحنفية وابن حزم إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤) على الشرح الكبير للإمام الدردير ، المحلي (١٠٤/١١) ، المغني (٥٥٧/٥) ، البحر الرائق (١٦٨/٣) ، الاختيار (٧٧/٢، ٧٨) الادلة : استدل الأولون على ما ذهبوا إليه من السنة والمعقول .

أولًا السنة : أورد صاحب المغني عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به » [أخرجه أبو يعلى في مسنده (١١٨/٦) وسنده قوي . وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه أخص من محل النزاع ؛ لأن المنع من الأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيبة من نفسه ، ويحمل الحديث على الكراهة ، كما أنه معارض بقوله ﷺ : إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله ، وكذلك ما رواه الطحاوي بإسناده عن عبادة بن الصامت قال : علمت ناسًا من أهل الصفة القرآن والكتابة ، فأهدي إلى رجل منهم قوسًا قلت : قوس وليست بمال قال : قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺوقصصت عليه القصة ، فقال « إن سرك أن يقلدك من الله قوسًا من نار فاقبلها » . وقد نوقش هذا بأن عبادة بن الصامت قد أخذه في موضع تعين عليه ، فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه فعل ذلك خالصًا لله ، فكره أخذ العوض ، أو لعله أخذ قوسًا فيه عاج .

ثانيًا : المعقول وهو أن تعليم القرآن قربة وطاعة فأشبه الصوم والصلاة بدائع الصنائع (٥٥٧/٥) الاختيار (٧٧/١) (١٩١/٤، ١٩٢) ، وقد نوقش هذا الاستدلال . بأن ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له ، فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير وهذا تعود منفعته إليه ، أدلة المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني بالسنة والمعقول فقد أورد صاحب المغني أن النبي ﷺ زوج رجلًا بما معه من القرآن ، ووجه الدلالة أنه إذا جاز أن يكون تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه في باب الإجارة ، وكذلك ما أورده صاحب المغني أيضًا أن النبي ﷺ قال : أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب =